Klaus Reich-Erkelenz

Das Verordnungsrecht des Monarchen im deutschen konstitutionellen Staat

1966

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547217_0029

Das Verordnungsrecht des Monarchen im deutschen konstitutionellen Staat

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des

akademischen Grades eines Doktors der Rechte

durch die

Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät

der Westfälischen Wilhelms-Universität

zu Münster

vorgelegt von

Klaus Reich-Erkelenz

aus Krefeld

1967

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Scupin
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Wolff
Dekan: Prof. Dr. Brox

Tag der mündlichen Prüfung: 9. Juli 1966

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	7
Literaturverzeichnis	8
Einführung	21
1. Kapitel	
Die Epoche des Absolutismus	
Der Souveränitätsbegriff in Staatslehre und Staatsrecht	23
I. Die historische Entwicklung des Souveränitätsbegriffs	23
II. Der korporative Staatsbegriff	28
1. Hugo Grotius	28
2. Charles Secondat Baron de la Brède et de Montesquieu	34
3. Jean-Jacques Rousseau	39
III. Der Staatsbegriff des souveränen Fürstenstaates	43
A. In der Staatslehre	43
1. In England; Thomas Hobbes und John Locke	43
2. In Frankreich; Jean Bodin	50
3. In Deutschland	56
a) Johannes Althusius	56
b) Samuel Pufendorf	63
c) Christian Thomasius und Christian Wolff	69
B. Der Staatsbegriff des souveränen Fürstenstaates in der staatsrechtlichen Wirklichkeit unter besonderer Berücksichtigung des monarchischen Verordnungsrechts	73
1. Der Staatsbegriff der preußischen Könige	73
a) Der Große Kurfürst Friedrich Wilhelm von Brandenburg	75
b) Friedrich Wilhelm I.	79
c) Friedrich der Große	82

Seite

2. Das monarchische Verordnungsrecht 87
a) Das Verordnungsrecht im Deutschen Reich (bis 1806) 87
b) Das territorialstaatliche Verordnungsrecht am Beispiel Preußens bis 1848 90
C. In der Staatsrechtslehre 96
1. Johann-Stephan Pütter 96
2. Johann-Ludwig Klüber 100
3. Romeo Maurenbrecher 104

2. Kapitel
Vom Wohlfahrtszweck zum Rechtszweck.
Der Verfassungsstaat als Reaktion auf den Wohlfahrtsstaat 109

I. In der Staatslehre 109
A. Immanuel Kant 110
B. Wilhelm von Humboldt 117
II. Im Staatsrecht 123
A. Die Lehre vom Rechtsgesetz (Karl-Salomo Zachariae) 123
B. Die Lehre von der unsichtbaren Staatspersönlichkeit (Eduard Albrecht) 127

3. Kapitel
Der Konstitutionalismus 132
§ 1 Die Epoche des Konstitutionalismus bis zum Beginn des staatsrechtlichen Positivismus. Von der materiellen zur formellen Rechtsstaatsauffassung 132
I. Die liberale Rechtsstaatstheorie 134
A. Johann-Christian Frhr.v.Aretin 134
B. Robert von Mohl 139
II. Die Theorie von Staat und Gesellschaft 150

Seite

A. Der funktionelle Verordnungsbegriff (Lorenz von Stein) 150
B. Der formelle Verordnungsbegriff (Rudolf von Gneist) 161
§ 2 Königliche Prärogativgewalt als Rest absolutistischer Macht? 170
I. In der Praxis (im Bereich der Publikation) 170
A. Allgemeine Voraussetzungen 170
B. Verordnungen des Reiches 170
C. Verordnungen in den Einzelstaaten am Beispiel Preußens 179
II. Prärogative als Ausfluß der allgemeinen Vollzugsgewalt 182
A. In England 182
B. In Frankreich 183
C. In Deutschland 189
III. Prärogative als Ausfluß der gesetzgebenden Gewalt 191

4. Kapitel
Der staatsrechtliche Positivismus.
Die Abgrenzung von Gesetz und Verordnung 196

I. Das Verordnungsrecht "intra legem" 197
A. Nach der konstitutionellen Theorie (Ludwig von Rönne) 198
B. Nach dem dualistischen Gesetzes- und Verordnungsbegriff 200
1. Paul Laband 200
2. Georg Jellinek 206
3. Heinrich Rosin 211
4. Franz von Holtzendorff 213
5. Gerhard Anschütz 215
C. Kritik am dualistischen Gesetzes- und Verordnungsbegriff (Albert Haenel) 218

Seite

II. Das Verordnungsrecht "praeter legem"
Die Lehre vom formellen Gesetzes- und Verordnungsbegriff 220
A. Conrad Bornhak 221
B. Karl Freiherr von Stengel 228
C. Adolf Arndt 231
D. Philipp Zorn 239

5. Kapitel
Kritische Würdigung der Auseinandersetzung um den Verordnungsbegriff im staatsrechtlichen Positivismus 244

Abkürzungsverzeichnis

ADB	Allgemeine Deutsche Biographie, Leipzig 1875 ff.
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
BGBl	Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes
NDB	Neue Deutsche Biographie, Berlin 1953 ff.
RGBl	Reichsgesetzblatt des Deutschen Reiches von 1871
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RV	Verfassung des Deutschen Reiches von 1871
VU	Verfassungsurkunde der Preußischen Verfassung von 1850
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin 1924 ff.
WBStVWR	Wörterbuch des Staats- und Verwaltungsrechts, herausgegeben von v. Stengel und Fleischmann, 2. Aufl., 1911-1914

Literaturverzeichnis

ACTA BORUSSIA	Die Behördenorganisation und die allgemeine Staatsverwaltung Preußens im 18. Jahrhundert, 1. Bd., Berlin 1894, 2. Bd., Berlin 1898
ALBRECHT, Eduard	Rezensionen über Maurenbrechers Staatsrecht, Göttinger gelehrter Anzeiger, 1837, Nr. 150-152, Neudruck Darmstadt 1962 (zitiert: Rezensionen)
ALTHUSIUS, Johannes	Politica Methodice Digesta, Herbornae Nassoviorum 1614
ANGERMANN, Erich	Robert von Mohl, Leben und Werk eines altliberalen Staatsgelehrten, Neuwied 1962
ANSCHÜTZ, Gerhard	Kritische Studien zur Lehre vom Rechtsstaat und formellen Gesetz, Halle 1891
- -	Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königl. Verordnungsrechts nach preuß. Staatsrecht, 2. Aufl., Tübingen/Leipzig 1901 (zitiert: Theorien)
- -	Lehrbuch des deutschen Staatsrechts in Meyer-Anschütz, 7. Aufl., München/Leipzig 1919 (zitiert: Meyer-Anschütz)
- -	Art. "Gesetz" in WBStVWR, 2. Aufl. 2. Bd.
ARETIN, Erwein Frhr.von	Joh. Chr. Freiherr von Aretin, Ein Lebensbild aus der Zeit des Ministers Montgelas in "Gelbe Hefte", 3. Jahrg. 1. Halbband, München 1926
ARETIN, Johann Christoph Freiherr von	Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie, 2 Bände, Altenburg 1824-1828 (zitiert: Staatsrecht)
- -	Abhandlungen über wichtige Gegenstände der Staatsverfassungen und Staatsverwaltung mit bes. Rücksicht auf Bayerm, München 1816

ARETIN, Karl-Otmar Freiherr von	Art. "J.Chr. Freiherr von Aretin" in Neue Deutsche Biographie, Bd.1, Berlin 1953
ARNDT, Adolf	Das selbständige Verordnungsrecht, Berlin 1902 (zitiert: Selbst. Verordnungsrecht)
- -	Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Berlin 1901 (zitiert: Staatsrecht)
- -	Die Preußische Verfassungsurkunde, 7. Aufl., Berlin 1911 (zitiert: Verfassungsurkunde)
- -	Das Verordnungsrecht des Deutschen Reiches auf der Grundlage des preußischen, Berlin/Leipzig 1884 (zitiert: Verordnungsrecht)
- -	Art. "Verordnungsrecht" in Hirths Annalen 1885
BLUNTSCHLI, Johann-Caspar	Bluntschlis Staatswörterbuch, 3 Bände, Leipzig/Stuttgart 1875
- -	Allgemeines Staatsrecht, 4. Aufl., München 1868
BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang	Gesetz und gesetzgebende Gewalt, Berlin 1958
- -	Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, Berlin 1964
BODIN, Jean	Les six livres de la République, Paris 1577
- -	De republica libri sex, Francofurti 1591
BORNHAK, Conrad	Preußisches Staatsrecht, 2 Bände, 2. Aufl., Breslau 1911
- -	Geschichte des Preuß. Verwaltungsrechts, 2 Bände, Berlin 1885
- -	Preußische Staats- und Rechtsgeschichte, Berlin 1903
- -	Deutsche Verfassungsgeschichte, Stuttgart 1934

BORNHAK, Conrad	Allgemeine Staatslehre, Berlin 1896
- -	Art. "Verordnung" in WBStVWR 2. Bd., 1. Aufl., 1890 (zitiert: Verordnung)
BOSSUNG, Hanno	Gesetz und Verordnung, Berlin 1936
BRUNNER, Heinrich	Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 8. Aufl., München/Leipzig 1930 (zitiert: Grundzüge)
- -	Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Bd., 2. Aufl., neubearbeitet von Claudius Freiherr von Schwerin, München/Leipzig 1928
BRUNNER, Otto	Land und Herrschaft, 4. Aufl., Wien/Wiesbaden 1959
BURDEAU, Georges	Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 10. Aufl., Paris 1963
DAHM, Georg	Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts, 2. Aufl., Stuttgart 1963
DANECKI, Edmund	Die ideengeschichtlichen Grundlagen des monarchischen Princips, Köln 1936
DENNEWITZ, Bodo	Machiavelli, Bodin, Hobbes, Drei Essays zum modernen Staatsbegriff, Hamburg 1948
DILTHEY, Wilhelm	Studien zur Geschichte des deutschen Geistes, Das 18. Jahrhundert und die geschichtliche Welt, 3. Bd., Leipzig und Berlin 1927 (zitiert: Studien zur Geschichte)
DÜNNHAUPT, Rudolf	Sittlichkeit und Recht bei Kant, Dessau 1926
DULCKEIT, Gerhard	Staatsrecht und positives Recht bei Kant, Leipzig 1932
ERDMANNSDÖRFER, Bernhard	Deutsche Geschichte vom westfälischen Frieden bis zum Regierungsantritt Friedrichs des Großen, Berlin 1888

EYSINGA, Willem-Jan-Marie — Hugo Grotius, Basel 1952

FEHR, Hans — Deutsche Rechtsgeschichte, 6.Aufl., Berlin 1962

FEINE, Hans-Erich — Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, Tübingen 1937 (zitiert: Verfassungsgeschichte)

FEIST, Elisabeth — Weltbild und Staatsidee bei Jean Bodin, Halle 1930

FICKEL, Georg — Der Staat bei Bodin, Leipzig 1934

FLEISCHMANN, Max — Christian Thomasius, Halle 1930

FORSTHOFF, Ernst — Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Berlin 1961

- - — Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Stuttgart 1961 (zitiert: Verfassungsgeschichte)

- - — Vom Geist der Gesetze, De l'esprit des lois, Übersetzung, 2 Bde., Tübingen 1949

FRIEDRICH II., König von Preußen — Essai sur les formes des gouvernements et sur les devoirs des souverains, Oeuvres posthumes, Bd. VI, Berlin 1778

GEBHARDT, Bruno — Wilhelm von Humboldt als Staatsmann, Stuttgart 1899

GIERKE, Julius von — Neues über Johannes Althusius, Berlin/Köln 1957

- - — Widerstandsrecht und Obrigkeit, Berlin/Köln 1956

GIERKE, Otto von — Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, Breslau 1913 (zitiert: Althusius)

- - — Das deutsche Genossenschaftsrecht, 4 Bde., Ausgabe der wissenschaftlichen Buchgesellschaft, Darmstadt 1954

- - — Gedächtnisrede für Rudolf von Gneist, Berlin 1896

GNEIST, Rudolf von	Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2. Aufl., Berlin 1879 (zitiert: Rechtsstaat)
- -	Englisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1. Bd., Berlin 1883
- -	Art. "Verordnungsrecht" in v. Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 3. Bd., Teil 2, 3. Aufl., Leipzig 1881
- -	Englische Verfassungsgeschichte, Berlin 1882
GÖZ, Karl	Die Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg, Tübingen 1908
GROTIUS, Hugo	De iure belli ac pacis, Amterodami 1632
HAEFTEN, August von	Urkunden und Actenstücke zur Geschichte des Kurfürsten Friedrich Wilhelm von Brandenburg, Ständische Verhandlungen, 1. Bd., Berlin 1869
HAENEL, Albert	Studien zum deutschen Staatsrechte, 2. Bd., Das Gesetz im materiellen und formellen Sinne, Leipzig 1888 (zitiert: Studien)
- -	Deutsches Staatsrecht, Halle 1891
HARTUNG, Fritz	Deutsche Verfassungsgeschichte vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart, 6. Aufl., Stuttgart 1954
HATSCHEK, Julius	Art. "Rudolf von Gneist" in Allgemeine Deutsche Biographie, Bd. 49, Leipzig 1904
HEYCK, Hans	Brandenburgs Aufstieg zur Macht, Urkundliche Zeugnisse, Briefe, Berichte aus den Tagen und von den Taten des Großen Kurfürsten, Ebenhausen 1939
HEYLAND, Karl	Das Widerstandsrecht des Volkes, Tübingen 1950

HELFRITZ, Hans	Allgemeines Staatsrecht, 5. Aufl., Berlin 1949
HINTZE, Otto	Die Hohenzollern und ihr Werk, Berlin 1915
HOBBES, Thomas	De cive, Amsterodami, 1947
- -	Leviathan, London 1651
HÖHN, Reinhard	Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson, Berlin 1935
HOLSTEIN, Günther	Die Theorie der Verordnung im französischen und belgischen Verwaltungsrecht, in Festgabe für Ernst Zitelmann, München/Leipzig 1923
HOLSTEIN, Larenz	Geschichte der Staatsphilosophie, München/Berlin 1933
HOLTZENDORFF, Franz von	Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 3 Bde., 3. Aufl., Leipzig 1881
HOTZMANN, Robert	Französische Verfassungsgeschichte, München und Berlin 1910
HUBATSCH, Walter	Das Problem der Staatsräson bei Friedrich dem Großen, Berlin/ Frankfurt 1956
HUBER, Ernst-Rudolf	Quellen zum Staatsrecht der Neuzeit, 2 Bde., 1949-1951
HUECK, Hans	Die Göttinger Sieben, Berlin 1934
HUMBOLDT, Wilhelm von	Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, 1. Aufl., Breslau 1851 (zitiert: Ideen)
IMBODEN, Max	Johannes Bodinus und die Souveränitätslehre, Basel 1963
INAMA, Karl-Theodor von	Art. "J.Chr. Freiherr von Aretin" in Allg. Deutsche Biographie, Bd. 1, Leipzig 1875
- -	Art. "Lorenz von Stein" in Allg. Deutsche Biographie, Bd. 35, Leipzig 1893

ISAACSOHN, Siegfried	Urkunden und Actenstücke zur Geschichte des Kurfürsten Friedrich Wilhelm von Brandenburg, Ständische Verhandlungen, 2. Bd., Berlin 1880
JELLINEK, Georg	Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914
- -	Gesetz und Verordnung, Tübingen 1887
JELLINEK, Walter	Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Neudruck, Offenburg 1948
JESCH, Dietrich	Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961
KAEHLER, Siegfried	Wilhelm von Humboldt und der Staat, München/Berlin 1927
KALTENBORN, Carl von	Art. "Joh. Steph. Pütter" in Bluntschlis Deutsches Staatswörterbuch, Bd. 8, Stuttgart/Leipzig 1864
KANT, Immanuel	Metaphysik der Sitten, herausgegeben von Karl Vorländer, Leipzig 1907 (zitiert: Metaphysik)
- -	Über den Gemeinspruch, Leipzig 1922
KLEIN, Magdalena	Robert von Mohls Beitrag zur Entwicklung des modernen Polizeibegriffs, Erlangen (Diss.) 1949 (zitiert: Robert von Mohl)
KLÜBER, Johann-Ludwig	Staatsrecht des Rheinbundes, Tübingen 1808
- -	Öffentl. Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten, 4. Aufl., Frankfurt 1840
KÜNTZEL/HAAS	Die politischen Testamente der Hohenzollern, Leipzig/Berlin 1911
KUHN, Alfred	Wilhelm von Humboldt als Staatsmann, Köln 1921
KRÜCK, Hans	Die Göttinger Sieben, Ihre Protestation und ihre Entlassung im Jahre 1837, Berlin 1934

KRÜGER, Herbert	Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964
LABAND, Paul	Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4 Bde., 5. Aufl., Tübingen 1911-1914 (zitiert: Staatsrecht)
- -	Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preußischen Verfassungsurkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes, Berlin 1871 (zitiert: Budgetrecht)
- -	Das Deutsche Reichsstaatsrecht, 6. Aufl., Tübingen 1912
LARENZ, Karl	Die Rechts- und Staatsphilosophie des Deutschen Idealismus und ihre Gegenwartsbedeutung, München/Berlin 1933
LEBON, André	Das Verfassungsrecht der französischen Republik, Tübingen 1909
LIEBERWIRTH, Rolf	Christian Thomasius, Weimar 1955
MAUNZ, Theodor	Deutsches Staatsrecht, 13. Aufl., München 1964
MAUNZ-DÜRIG	Grundgesetz, Bd. 1, München/Berlin 1964
MAURENBRECHER, Romeo	Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts, Frankfurt 1837 (zitiert: Staatsrecht)
- -	Die deutschen regierenden Fürsten und die Souveränität, Frankfurt 1839 (zitiert: Fürstensouveränität)
MAYER, Otto	Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd., 3. Aufl., München/Leipzig 1924
MEIER, Ernst	Robert von Mohl, in Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 34. Jahrgang, 3. Heft, Tübingen 1878 (zitiert: Robert von Mohl)
MENDELSSOHN-BATHOLDY, Gustav	Friedrich der Große in seinen Briefen und Erlassen, Ebenhausen 1932 (zitiert: Friedrich der Große)

MERK, Heinrich	Wilhelm von Humboldt, Menschentum und Staatsgewalt, Schriften und Briefe, Augsburg 1948
MOHL, Robert von	Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, 3 Bde., Erlangen 1855 (zitiert: Geschichte)
- -	Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, Bd. 1, Tübingen 1829 (zitiert: Staatsrecht)
- -	Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 1. Aufl., 1832-1833, 3. Aufl., Tübingen 1866 (zitiert: Polizeiwissenschaft)
- -	Staatsrecht, Völkerrecht, Politik, Tübingen 1862 (zitiert: Politik)
- -	Enzyklopädie der Staatswissenschaften, 2. Aufl., Freiburg/Tübingen 1872 (zitiert: Enzyklopädie)
- -	Das deutsche Reichsstaatsrecht, Tübingen 1873
MONTESQUIEU, Charles Secondat Baron de la Brède et de	De l'esprit des lois, Oeuvres Complètes, Teil 1, herausgegeben von André Masson, Paris 1950
MOSER, Johann-Jakob	Von der Landeshoheit in Regierungssachen, Frankfurt/Leipzig 1772
MÜLLER, Johannes	Kantisches Staatsdenken und der preußische Staat, Kitzingen 1954
OPPELN-BRONIKOWSKI, Friedrich von	Der Baumeister des preußischen Staates Friedrich Wilhelm I., Jena 1934
OTTENWÄLDER, Paul	Die Naturrechtslehre des Hugo Grotius, Tübingen 1950
PILOTY, Robert	Ein Jahrhundert bayerischer Staatsrechtsliteratur, Festgabe für Paul Laband, Tübingen 1908 (zitiert: Laband-Festgabe)

PÖLITZ, Karl Heinrich	Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1879 bis auf die neueste Zeit, 2. Aufl., 4 Bde., Leipzig 1832-1841
PÖSL, Fritz	Der Einfluß Hobbes' auf Jean-Jacques Rousseau, München 1949
POSENER, Paul	Die Staatsverfassungen des Erdballs, Charlottenburg 1909
PROTT, Jürgen von	Staat und Volk in den Schriften Friedrichs des Großen, Berlin 1937
PUFENDORF, Samuel	De iure Naturae et gentium, Frankfurt 1684
PÜTTER, Johann-Stephan	Beyträge zum Teutschen Staats- und Fürstenrechte, Göttingen 1777 (zitiert: Beyträge)
RADBRUCH, Gustav	Die Natur der Sache als juristische Denkform, Festschrift für Rudolf Laun, Hamburg 1947
RANTZAU, Albrecht von	Wilhelm von Humboldt, Der Weg seiner geistigen Entwicklung, München 1939
RIEKER, Karl	Die rechtliche Natur der modernen Volksvertretung, Leipzig 1893
- -	Der Ursprung von Staat und Kirche, Festschrift für Emil Friedberg, Leipzig 1908
RÖNNE, Ludwig von	Staatsrecht der preußischen Monarchie, Bd. 1, 3. Aufl., Leipzig 1881 (zitiert: Staatsrecht)
- -	Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2 Bde., Leipzig 1877
ROUSSEAU, Jean-Jacques	Le contrat social, Paris 1931
ROSIN, Franz	Gesetz und Verordnung nach badischem Staatsrecht, Karlsruhe 1911
ROSIN, Heinrich	Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl., Berlin 1895
SCHÄTZEL, Walter	Hugo Grotius, De iure belli ac pacis (Deutsche Übersetzung), Tübingen 1950

SCHEUNER, Ulrich	Gesetz und Einzelanordnung, Festschrift für Hübner, Jena 1935
SCHIFFER, Eugen	Rudolf von Gneist, Berlin 1929
SCHINDELE, Stephan	Friedrich der Große, Festschrift für Georg Freiherr von Hertling, Freiburg/Breisgau 1913
SCHLIE, Ulrich	Johann Stephan Pütters Reichsbegriff, Göttingen 1961
SCHMITT, Carl	Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes, Hamburg 1938
SCHMOLLER, Gustav	Lorenz von Stein, in Literaturgeschichte der Staats- und Sozialwissenschaften, Leipzig 1888
SCHUBART-FIKENTSCHER, Gertrud	Unbekannter Thomasius, Weimar 1954
SCHÜCKING, Walther	Quellensammlung zum deutschen Staatsrecht, Leipzig 1906
SCHULZE, Hermann	Das Preußische Staatsrecht, 2 Bde., 2. Aufl., Leipzig 1890, 2. Bd., 1. Aufl., Leipzig 1877
SCUPIN, Hans Ulrich	Der Begriff der Souveränität bei Johannes Althusius und Jean Bodin in "Der Staat", 4. Bd., Heft 1, Berlin 1965
- -	Diskussionsbeitrag zum Thema "Organisationsgewalt" in VVDStRL, Bd. 16, Berlin 1958
SEYDEL, Max von	Bayerisches Staatsrecht, 2. Aufl., 7 Bde., Freiburg 1887-1894
- -	Art. "Die Landesverordnung zum Vollzug von Reichsgesetzen, in Hirth's Annalen, 1874
- -	Kommentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Freiburg/Leipzig 1897
SMEND, Rudolf	Die preußische Verfassungsurkunde in Vergleich mit der belgischen, Göttingen 1904
- -	Die Göttinger Sieben, Göttingen 1951

SOHM, Rudolf	Altdeutsche Reichs- und Gerichtsverfassung, 1. Bd., Die Fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung, Weimar 1871
STAVENHAGEN, Gerhard	Art. "Lorenz von Stein" in Staatslexikon der Görresgesellschaft, Bd. 7, 1962
STEIN, Lorenz von	Verwaltungslehre, Bd. 1, Die vollziehende Gewalt, Stuttgart 1869 (zitiert: Vollziehende Gewalt)
- -	Handbuch der Verwaltungslehre, 1. Teil, 3. Aufl., Stuttgart 1887
STENGEL, Karl Freiherr von	Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart 1886
- -	Handbuch des öffentlichen Rechts, Freiburg 1884
- -	Das Staatsrecht des Königreichs Preußen, Freiburg und Leipzig 1894 (zitiert: Staatsrecht)
STINTZING, Roderich - LANDSBERG, Ernst von	Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 2. Abt., 2. Halbband, Berlin 1910
STOCKMAR, E.A.Christian v.	Studien über das preußische Staatsrecht in Aegidis Zeitschrift für das deutsche Staatsrecht, Berlin 1867
TERMEULEN, Jakob	Bibliographie über die Schriften des Hugo Grotius, La Haye 1961
THOMA, Richard	Der Polizeibefehl im badischen Recht, 1. Teil, Tübingen 1906
THOMASIUS, Christian	Fundamenta iuris naturae et gentium, Neudruck der 4. Aufl., von 1718, Aalen 1963
- -	Institutionum Jurisprudentiae Divinae libri tres, Hallae et Magdeburgicae 1730
ULBRICH, Josef	Das Staatsrecht der Österreichisch-Ungarischen Monarchie in Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts, Freiburg 1884
WEHBERG, Hans	Hugo Grotius, Wiesbaden 1956

WOLF, Erik	Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. Aufl., Tübingen 1963 1. Aufl., Tübingen 1939
WOLFF, Hans Julius	Verwaltungsrecht I, 6. Aufl., München/Berlin 1965
- -	Verwaltungsrecht II, München/ Berlin 1962
WOLFF, Christian	Institutiones Iuris Naturae et gentium, Halle/Magdeburg 1754
ZACHARIAE, Heinrich-Albert	Göttinger Professoren, Gotha 1872
ZACHARIAE, Karl-Salomo	Vierzig Bücher vom Staate, Bd.1, Stuttgart/Tübingen 1920; Bd. 3, 2. Aufl., Heidelberg 1835
ZOEPFL, Heinrich	Grundsätze des allgemeinen und deutschen Staatsrechts, 4. Aufl., Leipzig/Heidelberg, Bd. 1 1855, Bd. 2 1856
ZORN, Philipp	Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 2. Aufl., Berlin 1895 (zitiert: Staatsrecht)
- -	Zu den Streitfragen über Gesetz und Verordnung nach deutschem Reichsstaatsrecht in Hirths Annalen 1885 (zitiert: Streitfragen)

Einführung

Ein Rückblick in die Geschichte des Verordnungsrechts zeigt einmal, daß die Verordnung im heutigen Sinne, als eine Willensäußerung der Verwaltung im Unterschied zum Gesetz als einer Willensäußerung des Parlaments, ein Produkt der Gewaltentrennung ist. Ohne die formale Trennung von Legislative und Exekutive ist eine genaue Definition des Wesens der Verordnung nicht möglich.

Der Weg der Verordnung vom Absolutismus, in dem sie die einzige normative Willensäußerung des den Staat verkörpernden Monarchen war[1], bis zum Konstitutionalismus, wo in der Blütezeit des Positivismus die Auseinandersetzung um das Verordnungsrecht des Monarchen ihren Höhepunkt erreichte, gibt Zeugnis hiervon.

Daneben wird ein zweites offenbar. Das Verordnungsrecht erweist sich stets als ein Ausfluß der jeweiligen Staatsgewalt. Einmal mehr bewahrheitet sich dabei das Wort Georg Jellinek's, daß "die richtige Lösung staatsrechtlicher Fragen abhängt von der Erkenntnis, die man vom Wesen des Staates besitzt"[2]. Das macht eine Beschäftigung mit der jeweiligen Staatsauffassung, insbesondere dem Souveränitätsbegriff, unumgänglich. Eine Erörterung des Verordnungsrechts ohne ein

---

1) In dieser Zeit hatte das Gesetz im materiellen Sinne stets die Form der Verordnung, vgl. Gerhard Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königl. Verordnungsrechts nach preuß. Staatsrecht, 2. Aufl., Tübingen/Leipzig 1901, S.61.

2) Georg Jellinek, Gesetz und Verordnung, Tübingen 1887, S. X.

Eingehen auf Fragen der Souveränität und der Staatsgewalt wäre unvollständig[1].

Ein drittes zeigt diese historische Rückschau: Um eine Definition des Wesens der Verordnung zu gewinnen, ist es erforderlich, sich mit dem Begriff des Gesetzes zu befassen. Wo es um die Erkenntnis des Wesens der Verordnung geht, wird in Wahrheit um den Gesetzesbegriff gerungen.

Somit wird das Verordnungsrecht vor allem dort, wo es problematisch ist, nämlich in der Abgrenzung von Gesetz und Verordnung, ausführlicher behandelt werden, während in den Fällen, in denen eine klare verfassungsmäßige Regelung vorliegt und das Verordnungsrecht des Monarchen unumstritten ist, eine knappere Erwähnung genügen mag.

Im 4. Kapitel (Der staatsrechtliche Positivismus) wurde bewußt Sekundärliteratur nur in beschränktem Umfang herangezogen. Die dort behandelten Autoren sollten möglichst uneingeschränkt selbst zu Worte kommen, um die oft nur geringfügigen Unterschiede in den einzelnen Lehren umso plastischer hervortreten zu lassen.

---

1) Wenn die Souveränität auch wegen ihrer Beziehung zur Funktion der Machtausübung nicht zu den Grundbegriffen des Rechts zu zählen ist, so ist ihre geschichtliche Betrachtung auch heute von Bedeutung, bezogen sich doch die Auseinandersetzungen über Gehalt, Funktion und Zuordnung der suprema postestas im innerstaatlichen Bereich nicht nur auf die Institutionen, sondern "hintergründig und grundlegend auf das Gemeinwesen, ob nun république oder Staat genannt", vgl. Hans Ulrich Scupin, Der Begriff der Souveränität bei Johannes Althusius und Jean Bodin, in "Der Staat", 4. Bd. Heft 1, Berlin 1965, S. 2.

1. Kapitel

Die Epoche des Absolutismus
Der Souveränitätsbegriff in Staatslehre und Staatsrecht

I. Die historische Entwicklung des Souveränitätsbegriffs

In der Einführung war von der Notwendigkeit einer Auseinandersetzung mit dem Souveränitätsbegriff die Rede. Es mag verwundern, warum die Entwicklung des Souveränitätsbegriffs im Zusammenhang mit der Epoche des Absolutismus dargestellt wird.

Bis ins 16. Jahrhundert gibt es keine weltliche Gewalt, die als innerstaatlich souverän bezeichnet werden kann, d.h. es gibt keine Instanz, die positives Recht setzen oder sprechen könnte, ohne darüber, ob dieses positive Recht auch gerecht sei, jemandem anderen verantwortlich zu sein, als Gott und ihrem Gewissen.

Das Handeln und Gebieten des mittelalterlichen Herrschers kann in seiner Rechtmäßigkeit von jedem bestritten werden, der durch dieses Handeln und Gebieten betroffen ist[1]. Ein Rückblick auf den Staat des Mittelalters soll die Entwicklung des Souveränitätsbegriffs verdeutlichen. Dabei wäre es verfehlt, den heutigen Staatsbegriff auf die dama-

---

1) So Otto Brunner, Land und Herrschaft, 4. Aufl., Wien/Wiesbaden 1959, S. 141/142 in Übereinstimmung mit zahlreichen anderen Schriftstellern, vgl. z.B. Ernst Forsthoff, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Stuttgart 1961, S. 9 ff., Georg Dahm, Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts, 2. Aufl., Stuttgart 1963, S. 196 ff.; Hans-Erich Feine, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, Tübingen 1937, S. 8 ff.; Hans Fehr, Deutsche Rechtsgeschichte, 6. Aufl., Berlin 1962, S. 32 ff.

ligen Verhältnisse zurückzuprojezieren. Es fehlte, wie Forsthoff ausführt[1], im Mittelalter die zusammenfassende Kennzeichnung der Herrschermacht als Souveränität der Staatsgewalt. Allerdings ist auf dem damaligen Begriff der rangobersten Gewalt der spätere Souveränitätsbegriff aufbauend entwickelt worden.

So war etwa das mittelalterliche Reich kein Staat im modernen Sinne mit Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt. Es war, wie Dahm bemerkt[2], noch persönlicher Art, nicht "Flächenstaat", der ein Territorium nach allen Seiten beherrscht und hoheitlich ausfüllt, sondern ein Personenverband, verkörpert durch die Person des Königs.

Unter Gleichsetzung des mittelalterlichen Untertanenverbandes mit dem modernen Begriff des Staatsvolks sind in der Staatsrechtswissenschaft Versuche unternommen worden, im Staat der Karolinger ein Modell für den Staat der Neuzeit zu sehen.[3]

Im fränkischen Königtum hatte sich seit der germanischen Zeit eine Entwicklung vollzogen, die eine Verlagerung der höchsten Gewalt von der Gesamtheit der in Stämmen zusammengefaßten freien Männer auf den König brachte. Das germanische Königtum machte im fränkischen Reich einem Königtum anderer Auffassung Platz, das durch die von ihm ausgehenden Eroberungen seine Macht derart erhöhte, "daß es", so Heinrich Brunner[4], "die Fülle der Staatsgewalt in sich ver-

---

1) Forsthoff, Verfassungsgeschichte, S. 9.

2) Dahm, a.a.O., S. 196.

3) Vgl. die Nachweise bei O. Brunner, a.a.O., S. 149.

4) Heinrich Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 8. Aufl., München/Leipzig 1930, S. 55.

einigte".

Angesichts dieser Entwicklung läge die Vermutung nahe, hier bereits die Fürstensouveränität entsprechend der später im Absolutismus festzustellenden Allmacht des Herrschers verwirklicht zu sehen.

So heißt es bei Rudolf Sohm[1]: "Anstelle der taceistischen Demokratie steht im fränkischen Reich ein souveränes Königtum, dessen Schranken nicht durch Faktoren neben ihm, sondern lediglich durch den Inhalt der Staatsgewalt gegeben sind". Doch ist die gesetzgebende Gewalt in der Staatsgewalt nicht enthalten[2].

Folglich ist die Fortbildung des Rechts nicht Aufgabe der Staatsgewalt und die Befugnis, Recht hervorzubringen, nicht deren Inhalt, wenngleich das fränkische Königtum vermöge seiner Macht über die Rechtsverwirklichung imstande ist, ein Recht durchzusetzen, welches, nach Sohm, "zwar von Rechts wegen kein Recht, aber doch seiner praktischen Geltung wegen Recht gleich dem wirklichen Recht ist"[3].

Der fränkische König ist somit nur im Bereich der politischen, d.h. der Staats- und Heeresverfassung, souverän, nicht jedoch im Bereich der Gerichtsverfassung. Damit fehlt ihm, wie O. Brunner[4] richtig bemerkt, ein Monopol der Staatsgewalt, jene Omnipotenz, die das Wesen der Souveränität ausmacht.

---

1) Rudolf Sohm, Altdeutsche Reichs- und Gerichtsverfassung, 1. Bd., Die Fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung, Weimar 1871, S. 538.

2) Sohm, a.a.O., S. 102.

3) a.a.O., S. 542.

4) O. Brunner, Land und Herrschaft, S. 150.

Daß die Frankenkönige nicht absolut regierten, wird selbst von Sohm nicht bestritten[1]. Wenn auch die königliche Gewalt bis zum Ende des 12. Jahrhunderts noch im Steigen begriffen ist, so hat sich nichts daran geändert, daß der Herrscher unter dem Recht steht.

Von entscheidendem Einfluß war auch die das ganze Mittelalter überdauernde enge Verbindung von Staat und Kirche, welcher die Kompetenz zur Überprüfung der Handlungen des Herrschers auf ihre Rechtmäßigkeit zustand. So ist es zu verstehen, daß O. Brunner in der "plenitudo potestatis" des Papstes Merkmale der Souveränität eher verwirklicht sieht, als bei den weltlichen Gewalten[2]. Die Durchsetzung dieses Anspruchs auf eine oberste Entscheidungsbefugnis hing aber letztlich davon ab, ob die weltlichen Gewalten die Kurie anriefen, was meist nur dann geschah, wenn man sich hiervon Vorteile versprach. Die Fürsten versuchten zudem, den Rechtsanspruch des Papstes auf eine weltliche Gewalt dadurch zu begrenzen, daß sie sich "unmittelbar zu Gott" fühlten[3].

---

1) R. Sohm, a.a.O., S. 538: "Dem fränkischen Königtum fehlt zu einem absoluten Königtum nicht die absolute Zuständigkeit, sondern nur die absolute Allmacht der Staatsgewalt, durch welche der moderne Staat von dem mittelalterlichen Staat sich unterscheidet". Zum Nachweis fehlender absoluter Herrschergewalt der Frankenkönige vgl. auch Heinrich Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Bd., 2. Aufl., neu bearbeitet von Claudius Freiherr von Schwerin, München/Leipzig, 1928, S. 10-11; Fehr, a.a.O., S. 32.

2) O. Brunner, a.a.O., S. 143/144.

3) Vgl. O. Brunner, a.a.O., S. 144; im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung zwischen den weltlichen Gewalten und dem Papst ist auch die seit dem 12. Jahrhundert häufig verwandte Formel "princeps legibus solutüs" zu sehen. Sie dient meist zur Begründung einer eigenständigen Gewalt gegenüber dem Papsttum.

Der Investiturstreit hat den Anspruch der Kirche auf Universalität gefestigt und bis ins 16. Jahrhundert verhindert, daß Könige und Fürsten zu einer souveränen Stellung vorzudringen vermochten.

Erst den Lehren Luthers gelang es, das Primat der hierarchischen katholischen Rechtskirche zu brechen. Die mittelalterliche universitas fand ihr unwiderrufliches Ende. Die institutionelle Verbindung von Reich und Kirche, Kaiser und Papst war aufgehoben, "der Augsburger Religionsfrieden liquidierte das Mittelalter"[1].

Die territorialen Gewalten erhielten dadurch den entscheidenden Auftrieb mit der Folge, daß sich nach dem Westfälischen Frieden in den Territorien souveräne monarchische Staaten herausbildeten, die das Gesetz des Handelns an sich gerissen hatten und fortan die Entwicklung bestimmten.

Neben diesen geschichtlich-politischen Faktoren ist auch die Naturrechtslehre des 17. und 18. Jahrhunderts von entscheidendem Einfluß auf die Formung des Souveränitätsbegriffs gewesen. Mit dem modernen profanen Naturrecht, wie es sich in den Systemen von Grotius, Hobbes und Pufendorf darstellt, setzt eine Entwicklung ein, die, gefördert durch den sich schon im Mittelalter andeutenden Säkularisationsprozeß, die Naturrechtslehre allmählich von theologischem Gedankengut befreit. Während aber Grotius noch als Epigone der Scholastik gelten konnte und bei Hobbes unter dem Einfluß des Nominalismus eine Auflösung des Naturrechts ins positive Recht festzustellen ist, gelingt Pufendorf im Anschluß an die Methodik der aufblühenden mathematischen Wissenschaft die endgültige Befreiung des Naturrechts von der Theologie[2].

---

1) So Forsthoff, Verfassungsgeschichte, S. 24; vgl. auch Fehr, a.a.O., S. 178.

2) Vgl. Hans Welzel, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, Berlin 1958, S. 10.

Die Suche nach dem Träger der Souveränität wird bestimmt durch den Dualismus Volk - Fürst. Auch in den Darstellungen der Staatsrechtslehre werden entweder Fürst oder Volk als Souverän herausgestellt. Dabei ist der Begriff der Volkssouveränität so sehr mit der Gewaltentrennungslehre verknüpft, daß er erst nach der Zeit des Absolutismus zu einer echten Alternative - sei es zur Fürsten- oder zur Staatssouveränität - wird. Das absolute Königtum hilft die Einheit des Staates vorzubereiten. Erst im Nationalstaat, in dem aus Untertanen Staatsbürger geworden sind, tritt das Volk selbst als politische Einheit in Aktion und wird zum Subjekt der verfassunggebenden Gewalt, zum "pouvoir constituant"[1], wenngleich, wie im absoluten Staat, auch im Konstitutionalismus das Volk nur einen Teil des Staates repräsentiert und der Monarch als der nicht vertretene, d.h. unmittelbar handelnde andere Teil des Staates angesehen wird.

Reinhard Höhn[2] unterscheidet drei Epochen der Entwicklung des Staatsbegriffs, den korporativen Staatsbegriff, den Staatsbegriff des souveränen Fürstenstaates und den der unsichtbaren Staatspersönlichkeit.

II. Der korporative Staatsbegriff

1. Hugo Grotius

Die Korporationslehre ist dadurch gekennzeichnet, daß die Herrschaft nicht bei einer Einzelpersönlichkeit liegt,

---

1) Franz Schnabel, Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert, 2. Bd., 2. Aufl., Freiburg 1949, S. 96.

2) Reinhard Höhn, Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson, Berlin 1935, S. 144 ff.

sondern in einer besonders gearteten Organisation verwirklicht wird[1]. Ausgangspunkt ist dabei die Gesamtheit der Mitglieder (Universitas).

Schon vor einer Staatenbildung haben sich die Menschen zu einzelnen Gemeinschaften zusammengeschlossen, für welche die Unterordnung der Minderheit unter die Mehrheit charakteristisch war[2]. Durch diesen Zusammenschluß ist nach Grotius der Staat entstanden[3]. Grotius wird somit einhellig als auf dem Boden der Korporationslehre stehend angesehen[4].

Ursprünglicher Souverän ist dabei das Volk, welches als selbständiges Rechtssubjekt auftritt. Die ersten Staatsbürger haben Gesetze erlassen, die dann auf das Staatsoberhaupt übergingen[5].

Scheint ihn diese Auffassung noch als einen der Vertreter der Volkssouveränität zu erweisen, so geht Grotius in der Auffassung, daß die Staatsgewalt niemandem zugehöre und deshalb okkupiert werden könne[6], über die bis dahin vertretenen Auffassungen zur Volkssouveränität hinaus.

---

1) Reinhard Höhn, Der individualistische Staatsbegriff, S. 149.

2) Vgl. Paul Ottenwälder, Die Naturrechtslehre des Hugo Grotius, Tübingen 1950, S. 81.

3) Hugo Grotius, De iure belli ac pacis, Amsterodami 1632, lib. I, cap. V, § 1; lib. II, cap. VI, § 4.

4) Vgl. Höhn, a.a.O., S. 147; Otto von Gierke, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, Breslau 1913, S. 101; Ottenwälder, a.a.O., S- 81.

5) Grotius, a.a.O., lib. I, cap. III, §§ 11 ff.

6) a.a.O., lib. II, cap. III, § 4.

Träger der Staatsgewalt ist der Staat, der seine Souveränität durch einen Repräsentanten ausübt. Volk und Herrscher sind die Partner, die im Wege des Vertrages die Machtverhältnisse gegeneinander abgrenzen, wobei das Volk darüber entscheidet, inwieweit es sich seiner Macht begeben will[1]. Zutreffend weist Gierke darauf hin, daß Grotius damit zu der "Ahnung eines Gedankens" der Staatssouveränität vorgedrungen sei[2]. Zu einer konsequenten Durchführung dieses Gedankens fehlte ihm jedoch der Begriff der Staatspersönlichkeit.

Ansätze zu einer Staatspersönlichkeit finden sich im "subjectum commune"[3], dem Staatskörper. Grotius zieht als Beispiel den menschlichen Körper heran. Wie das Sehvermögen etwas dem ganzen Körper zugehöriges sei, das Auge selbst aber ein Einzelglied[4], so gebe es auch im Staate ein doppeltes Subjekt der höchsten Gewalt, ein allgemeines Subjekt und ein besonderes. Dem subjectum commune, dem Staatskörper, steht das subjectum proprium, der Herrscher, gegenüber[5].

Obwohl somit der Staat als ein dem menschlichen Körper vergleichbarer Organismus angesehen wird und, wie eingangs ausgeführt, die Regeln der Korporationslehre Anwendung finden, verharrt Grotius bei der Vorstellung einer aus Einzelpersonen zusammengesetzten Gemeinschaft. Die Universitas ist für ihn lediglich "singuli quique congregati vel in summa reputati"[6], also entweder Individuen oder eine Summe von Individuen, zu einer Einheit zusammengeschlossen.

---

1) Vgl. hierzu Ottenwälder, a.a.O., S. 82.

2) Gierke, Althusius, S. 172.

3) Grotius, lib. I, cap. III, § 7, 3.

4) a.a.O., lib. I, cap. III, § 7, 1.

5) Subiectum ergo commune summae potestatis esto civitas, ita ut iam diximus intellecta. Subiectum proprium est persona una pluresve cuiusque gentis legibus ac moribus (a.a.O., lib. I, cap. III, § 7, 3).

6) Grotius, a.a.O., lib. II, cap. XXI, § 7.

Das subjectum commune aber ist nach Gierke[1] nichts anderes als die Volksgesamtheit, die durch den Herrscher repräsentiert, jeder aktiven Befugnis und realen Bedeutung entbehrt.

Wie Höhn[2] richtig bemerkt, konnte Grotius, da er die Staatsgewalt im Volk verankert sah, zum Gedanken einer Rechtspersönlichkeit des Staates noch nicht vordringen. Gierke[3] weist nach, daß die Worte civitas, regnum und populus häufig synonym verwandt werden und daß es sich bei der gelegentlichen Wortwahl zwischen Volk und Staat lediglich um einen Namenswechsel handelt. Der Nachweis von Ansätzen zur Auffassung von einer Staatspersönlichkeit, den Ottenwälder[4] unter Hinweis auf die Stelle lib. II, cap. XXI, § 8 in Grotius' De iure belli ac pacis zu führen sucht, vermag nicht zu überzeugen[5].

Schätzel[6] hat nachgewiesen, daß Grotius diese Stelle von Aristoteles, Politik, Buch VII, Kap. 13 wörtlich übernommen hat.

Auf der Grundlage dieser Feststellungen ist auch Grotius' Auffassung vom Herrscher und der Herrschergewalt zu sehen. Prinzipiell sind alle Herrschaftsformen für ihn möglich[7].

---

1) Gierke, Althusius, S. 173/174.

2) Höhn, a.a.O., S. 147; in diesem Sinne auch Ottenwälder, a.a.O., S. 85 sowie Robert von Mohl, Geschichte der Literatur- und Staatswissenschaften, Erlangen, 1855, Bd. I, S. 229 ff.

3) a.a.O., S. 174.

4) Ottenwälder, a.a.O., S. 85.

5) Grotius spricht dort von einem Besitz der Gemeinschaft als solcher, wozu er aerarium, leges et similia (Steuerverwaltung, Gesetze und ähnliches) rechnet.

6) Walter Schätzel, Hugo Grotius, De iure belli ac pacis (Übersetzung), Tübingen 1950, S. 375.

7) Grotius, a.a.O., lib. I, cap. III, § 8.

Unter dem Eindruck der Verhältnisse in seinem niederländischen Vaterland kommt, wie Eyzinga[1] darlegt, an mehreren Stellen seines "De iure belli ac pacis" eine Vorliebe für die aristokratische Regierungsform zum Ausdruck. In den Niederlanden hatten neben den Fürsten mit beschränkten Befugnissen stets eine Anzahl der Besten des Landes geherrscht, die in einer Art von Ständen zusammengefaßt waren und die, wie Grotius in einem Brief vom 4.4.1610 schreibt[2], die Niederlande zum Bollwerk Europas gegen die spanische Weltherrschaft gemacht habe.

Repräsentant der Staatsgewalt ist der König. Die Grenzen seiner Machtbefugnisse bestimmen sich nach dem Charakter des zugrundeliegenden Vertrages. Grotius unterscheidet entsprechend dem Umfang der eingeräumten Rechte Patrimonial- oder Usufruktualstaaten[3].

Somit sieht er sich auch durch den Gedanken der Volkssouveränität nicht daran gehindert, die Möglichkeit eines durch Vertrag oder Eroberung begründeten Patrimonialstaates zu behaupten, wo sich die Staatsgewalt im Eigentum des Herrschers befindet, der unter Lebenden oder durch Testament nach Belieben über diese verfügen kann[4]. Volk und Fürst stehen sich im Herrscher-Untertanen-Verhältnis gegenüber. So heißt es

---

1) W.J.M. van Eyzinga, Hugo Grotius, Basel 1942, S. 45.

2) van Eyzinga, l.c.

3) Grotius, a.a.O., lib. I, cap. III, § 11: "Sed alii habent iure pleno proprietati alii iure usufructuario".

4) Grotius l.c. lib. I, cap. III, § 12; lib. III, cap. VIII, § 1 und lib. II, cap. VI, §§ 3-14, insbesondere § 3, wo es heißt: "Ita et imperia alienari possunt ab eo cuius in dominio vere sunt, id est, ut supra ostendimus, a rege, si imperium in patrimonio habeat." Höhn, a.a.O., S. 149, der von einer Übertragung des imperiums als Nießbrauch spricht, sieht somit nur die eine Seite der von Grotius eingeräumten Möglichkeiten, wenngleich auch für Grotius die meisten Könige ihre Gewalt als Nießbrauch besitzen (Grotius, a.a.O., lib. I, cap. III, § 12, 2: "Proprie tamen cum populus alienatur, non ipsi homines alienantur, sed in perpetuum eos regendi, qua populus sunt".

z.B. in dem Kapitel über den Krieg der Untertanen gegen die Obrigkeiten, daß dieser Krieg von den Inhabern der Staatsgewalt geführt werden könne gegen Privatpersonen, die entweder ihre Untertanen sind oder es nicht sind[1]. Die Untertanen haben der Obrigkeit zu gehorchen, es sei denn, deren Befehle widersprächen dem Naturrecht oder den Geboten Gottes. Aber selbst in diesem Fall stellt Grotius die Duldung des Unrechts über den gewaltsamen Widerstand.[2]

Zum anderen werden Volk und Fürst von der korporativen Einheit erfaßt.[3]

In der Einstellung Grotius' zur Regierungsgewalt des Königs zeigt sich einmal sein starkes Autoritätsgefühl und seine Ehrfurcht vor der bestehenden Obrigkeit[4], zum anderen aber auch ein Blick für die Notwendigkeit einer ausgeprägten Regierungsgewalt in der Praxis. Der Einfluß der Individuen geht nicht soweit, daß sie die Regierungshandlungen des Herrschers im einzelnen auf ihre Übereinstimmung mit den Interessen der universitas nachprüfen können. Dies würde dem Sinngehalt des Machtübernahmevertrages widersprechen.[5]

So weist sich Grotius weder als ein Vorläufer der späteren naturrechtlichen Rechtfertigung des absoluten Fürstentums aus[6], noch ist er als strenger Vertreter der Volkssouveränität anzusprechen.

---

1) Grotius, a.a.O., lib. I, cap. IV, § 1, 1 "... et qui summum imperium habent in privatos aut sibi subditos; aut non subditos". Auch Ottenwälder, a.a.O., S.85, spricht von einem Fürst-Untertanen-Verhältnis bei Grotius.

2) Grotius, a.a.O., lib. I, cap. IV, § 1, 3: "... at si qua ex tali causa aut aliaqui quia summum imperium habenti ita libet, iniuria nobis inferatur, ea toleranda est potius quam vi resistendum".

3) Von diesem Ansatzpunkt her gehen Erik Wolf, Große Rechtsdenker, Tübingen 1939, S. 210 und Höhn, a.a.O., S. 149 zu Recht davon aus, daß das bloße Fürst-Untertanen-Verhältnis bei Grotius noch nicht in Erscheinung tritt.

4) So Eyzinga, a.a.O., S. 46.

5) Grotius, a.a.O., lib. I, cap. IV, § 12.

6) So zutreffend Wolf, a.a.O., S. 210 ff.

Sein Hauptwerk über das Recht des Krieges und des Friedens zeigt ihn vielmehr als einen Gelehrten, der als einer der ersten den gleichwohl gescheiterten Versuch unternahm, das subjectum commune, den Staatskörper und das subjectum proprium, den Herrscher, unter Verwerfung des Gedankens der Volkssouveränität auf dem Wege einer Andeutung der Staatssouveränität als doppelten Träger der staatlichen Gewalt herauszustellen. Zur konsequenten Durchführung dieses Ansatzes gelangt Grotius freilich nicht. Schließlich wurde noch die universitas in vollem Umfang durch den Herrscher repräsentiert und damit das subjectum commune jeder aktiven Befugnis und realen Bedeutung enthoben[1].

2. Charles Secondat Baron de la Brède et de Montesquieu

Montesquieu's literarisches Wirken ist durch die Auseinandersetzung mit dem absoluten Königtum des "ancien régime" gekennzeichnet. Sein Hauptwerk "De l'Esprit des Lois" (1748) hat die Stellung Frankreichs als Verfassungsstaat betont und der Fürstensouveränität den ersten empfindlichen Stoß versetzt[2].

Dabei ist Montesquieu auf Grund der historischen Situation (staatliche Bücherzensur) gezwungen, seine Gedanken verschleiert und in unangreifbaren Anspielungen darzulegen. Politische Wertungen werden meist in systemlos-aphoristischer Weise vorgetragen und, wie auch schon in den "Lettres Persanes" (1721), in das Gewand exotischen oder vergangenen Rechts gekleidet. Diese Methode ist bahnbrechend für die

---

1) Vgl. Gierke, Althusius, S. 172 ff.

2) Vgl. Robert Holtzmann, Französische Verfassungsgeschichte, München und Berlin 1910, S. 319 ff.

Zukunft gewesen und hat, wie Radbruch zutreffend ausführt, "im Gebiet der Staats- und Rechtslehre die Deduktion aus vorgefaßten Prinzipien durch die Induktion aus der historischen und nationalen Mannigfaltigkeit der Staats- und Rechtsordnungen ersetzt und dadurch der historischen Rechtsschule und der vergleichenden Rechtswissenschaft vorgearbeitet"[1].

Kernpunkt seines Esprit des Lois ist die Gewaltenteilungslehre, die er im Anschluß an seine Erörterungen über die Vieldeutigkeit und den Mißbrauch des Begriffs der Freiheit bringt[2]. Freiheit wird dabei noch nicht im Sinne jenes kompromißlosen Individualismus verstanden, wie später bei Rousseau[3]. So sieht er die Garantien der Freiheit gleichermaßen in der Demokratie wie in der Monarchie verwirklicht, sofern die Möglichkeit eines Machtmißbrauchs ausgeschlossen wird. Politische Freiheit findet sich nur in gemäßigten Regierungsformen[4].

Das Mittel, welches diesem Machtmißbrauch vorbeugt, ist eine ausgewogene Balance der im Staate vorhandenen Gewalten.

England ist für Montesquieu die Nation, "qui a pour objet direct de sa constitution la libert' politique"[5]. Unter dem Hinweis auf die Verfassung Englands entwickelt er seine Lehre von der Teilung der Gewalten, wobei die Frage, inwieweit Montesquieu sich hier schöpferisch oder lediglich als

---

1) Gustav Radbruch, Die Natur der Sache als juristische Denkform, Festschr. für Rudolf Laun, Hamburg 1947, S.168.

2) Vgl. Montesquieu, De l'esprit des lois, Oeuvres Complètes Teil 1, herausgegeben von André Masson, Paris 1950, livre XI, chap. 2/5, übersetzt von Ernst Forsthoff in Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, Tübingen 1949, Bd.1, S.212 ff.

3) Vgl. z.B. den Hinweis Montesquieu's auf die gefährliche Verwechslung von Macht und Freiheit im Zusammenhang mit der Stellung des Volkes in der Republik. "Enfin, comme dans les démocraties le peuple a peut près faire ce qu'il veut, on a mis la liberté dans ces sortes de gouvernement; et on a confondu le pouvoir du peuple avec la liberté du peuple, Montesquieu, a.a.O., livre XI, chap. 2, S. 394.

4) "La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements moderés, Montesquieu, a.a.O., livre XI,chap.4,S.395.

Kompilator der Ideen seiner Vorgänger erweist, bis heute umstritten ist. Am überzeugendsten scheint noch die Version Forsthoff's, der in seiner Einleitung zu Montesquieu's "Vom Geist der Gesetze" davon spricht, daß Montesquieu die Gewaltenteilung im Rahmen einer Darstellung der englischen Verfassung entwickelt, "oder, um es genauer zu sagen, in die englische Verfassung hineingedeutet" hat[1].

Montesquieu unterscheidet drei Gewalten, die gesetzgebende Gewalt, die vollziehende Gewalt in Ansehung der Angelegenheiten, die vom Völkerrecht abhängen und die vollziehende Gewalt hinsichtlich der Angelegenheiten, die vom bürgerlichen Recht abhängen[2].

Gleich anschließend bezeichnet er die zweite der genannten Gewalten kurz als die vollziehende, die dritte als die richterliche Gewalt. Unter der vollziehenden Gewalt ist hier nicht nur, wie man zunächst aus dem Hinweis auf die Angelegenheiten des Völkerrechts schließen könnte, die Regelung der außerstaatlichen Beziehungen zu verstehen, sondern es handelt sich "ebenso oder gar primär" um innerstaatliche vollziehende Gewalt[3].

Die gesetzgebende Gewalt vertraut er unter Berücksichtigung der damaligen geschichtlich-gesellschaftlichen Verhältnisse

---

5) Montesquieu, a.a.O., livre XI, chap. 5, S. 396.

1) Forsthoff, a.a.O., S. VIII.

2) "Il y a dans chaque Etat trois sortes de pouvoir, la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens et la puissance exécutrice des celles qui dépendent du droit civile", Montesquieu, a.a.O., livre XI, chap. 4, S. 396.

3) Vgl. den zutreffenden Nachweis bei Ernst-Wolfgang Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, Berlin 1958, S. 36.

dem Adel und dem Volk gemeinsam an, wobei er den Volkswillen durch eine gewählte Körperschaft repräsentiert wissen will[1].

Eine Schmälerung seiner Rechte erfährt der Adel durch den Entzug des Beschlußrechtes (faculté de statuer) in bestimmten Fällen. So soll er dort, wo die Besorgnis der Bestechung gegeben ist, z.B. bei den Steuergesetzen, nur ein Vetorecht (faculté d'empêcher) haben[2].

Gleichfalls unter Zugrundelegung des Montesquieu'schen Freiheitsbegriffs, der eine personelle und organisatorische Trennung der Gewalten fordert, ist der Monarch als Träger der dritten Macht im Staat Inhaber der vollziehenden Gewalt.

Montesquieu offenbart hier ein erstaunliches Verständnis für das Wesen der Verwaltung, denn "dieser Teil der Regierung, der fast immer der augenblicklichen Handlung bedarf, ist besser durch einen als durch mehrere verwaltet, während das, was von der gesetzgebenden Gewalt abhängt, häufig besser durch mehrere als durch einen einzelnen angeordnet wird"[3].

Das Prinzip gegenseitiger Gewaltenkontrolle wird auch hier wieder gewährleistet durch ein Vetorecht der Krone gegenüber

---

1) Ainsi, la puissance législative sera confiée, et au corps des nobles, et au corps qui sera choisi pour représenter le peuple, qui auront chacun leurs assemblées et leurs délibérations à part et des vues et des intérêts séparés". Montesquieu, a.a.O., livre XI, chap. 6, S. 400.

2) Montesquieu, a.a.O., S. 401.

3) So Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, Buch XI, Kap. 6, Bd. 1, S. 221. Der Originaltext lautet: "La puissance exécutrice doit être entre les mains d'un monarque, parce que cette partie du gouvernement, qui a presque toujours besoin d'une action momentanée, est mieux administrée par un que par les plusieurs". Montesquieu, a.a.O., livre XI, chap. 6, S. 401/402.

Beschlüssen des Gesetzgebers[1] sowie das Recht des Monarchen, Zeitpunkt und Dauer des Zusammentritts der gesetzgebenden Versammlung zu bestimmen[2].

Beschränkt sich die Ausführung Montesquieu's über den Umfang der gesetzgebenden Gewalt auf zwei Hinweise und eine kurze negative Bestimmung von deren Umfang[3], so lassen sich aus seinen Äußerungen über die vollziehende Gewalt[4] doch gewisse Schlüsse über deren Umfang ziehen, wenngleich auch hier eine positive Abgrenzung fehlt.

Zutreffend verneint Georg Jellinek[5], daß bei Montesquieu an irgendeiner Stelle von einem Verordnungsrecht der Regierung die Rede sei. Er kommt zu dem Schluß, daß nach den Prinzipien Montesquieus alle Verordnungen de iure nur als

---

1) Montesquieu, a.a.O., livre XI, chap. 6, S. 404, "la puissance exécutrice comme nous avons dit, doit prendre part à la législation par sa faculté d'empêcher".

2) "Il faut donc que ce soit la puissance exécutrice qui règle le temps de la tenue et de la durée de ces assemblés, par rapport aux circonstances qu'elle connoît", Montesquieu, a.a.O., livre XI, chap. 6, S. 402/403.

3) Vgl. Montesquieu, a.a.O., livre XI, chap. 6, S. 400, "le corps représentant ne doit pas être choisi non plus pour prendre quelque résolution active, chose qu'il ne feroît pas bien, mais pour faire des lois, ou pour voir si l'on a bien exécuté celles qu'il a faites". Hiernach sollte es also nicht Aufgabe der Legislative sein, unmittelbar wirksame Beschlüsse zu fassen, sondern Gesetze zu machen und deren Ausführung zu überwachen. Außerdem befindet die Legislative auch über die Erhebung der öffentlichen Abgaben sowie über die Zusammensetzung der Streitkräfte, was daraus zu schließen ist, daß hier die Exekutive nur ein Bewilligungsrecht (consentement) besitzt. Vgl. hierzu Montesquieu, a.a.O., livre XI, chap. 6, S. 405/406.

4) Vgl. S. 37 Anm.3.

5) Georg Jellinek, a.a.O., S. 68.

Vollzugsverordnungen in Betracht kämen und stellt die Behauptung auf, Montesquieu habe sich die Exekutive als unselbständig gedacht[1].

Böckenförde hat zu Recht diese Schlußfolgerung als nicht zwingend herausgestellt[2].

Jellinek, in seiner Betrachtung Montesquieu's zu sehr von abstrakt-juristischen Betrachtungen bestimmt, berücksichtigt zu wenig die pragmatische, auf die Tagespolitik abgestimmte Methode Montesquieu's[3], der seine Aufgabe zunächst darin sieht, dem absoluten Königtum die Waffe der Verordnung aus der Hand zu reißen.

So zeigt sich die Bedeutung Montesquieu's weniger in der Aufstellung allgemein-verbindlicher Normen und Prinzipien, als in dem methodischen Ansatz seiner Lehre. Seine soziologisch-analytische Betrachtungsweise mit ihrer Einbeziehung historisch gewachsener gesellschaftlicher Ordnungen und deren Berücksichtigung in seinem System der Gewaltenteilung hat späteren Richtungen in der Staatsrechtslehre wertvolle Anregungen gegeben, man denke nur an die Theoretiker von Staat und Gesellschaft wie Lorenz von Stein oder Gneist.

3. Jean-Jacques Rousseau

Der wohl bedeutendste Vertreter der Korporationslehre, Jean-Jacques Rousseau, folgert, unter Umkehr Grotius'scher Ideen, die moralische Persönlichkeit des Staates aus seiner Souveränität. Der Staat, entstanden durch einen Gesellschaftsvertrag (contrat social) erzeugt eine "volonté générale", der

---

1) Georg Jellinek, a.a.O.

2) Böckenförde, a.a.O., S. 36/37.

3) Vgl. hierzu auch die Ausführungen Radbruchs zur "Natur der Sache", a.a.O., S. 168.

jeder gehorcht, aber nicht als einen fremden Willen, sondern wie sich selbst, wobei die Freiheit[1], Ausgangspunkt Rousseau'scher Betrachtungen, erhalten bleibt[2].

Setzt nun die volonté générale, die Allgemeinheit des Willens, Einstimmigkeit aller Willensäußerungen voraus? Dies wird von Rousseau verneint[3]. Allgemeinheit des Willens ist für ihn schon dann gewährleistet, wenn alle Stimmen zumindest formell berücksichtigt sind[4]. Auch ist es verfehlt, die "volonté générale" mit der "volonté de tous" (dem Willen aller einzelnen Bürger) gleichzusetzen. Letztere ist häufig ein Konglomerat einzelner Willensäußerungen mit dem Ziel der Verwirklichung privater Interessen[5].

Die Verwirklichung der volonté générale erfolgt im Wege eines "mechanistischen Subtraktionsverfahrens"[6]. Im Ergebnis

---

1) Vgl. Jean-Jacques Rousseau, Le contrat social, Paris 1931, livre 1, chap. 2 und 6, S. 236 bzw. 243.

2) "... une forme d'association ... par laquelle chacun s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant", a.a.O., livre 1, chap.6, S. 243.

3) Es gibt nur ein einziges Gesetz, das seiner Natur nach Einstimmigkeit erfordert, und dies ist der Gesellschaftsvertrag, vgl. Karl Rieker, Die rechtliche Natur der modernen Volksvertretung, Leipzig 1893, S. 13.

4) "Pour qu'une volonté soit générale, il n'est pas toujours nécessaire que toutes les voix soient comptées, toute exclusion formelle rompt la généralité". livre 2, chap. 2, Anm. 1, S. 260.

5) "Il y a souvent de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale; celle-ci ne regarde à l'intérêt privé et n'est qu'une somme de volontés particulières", a.a.O., livre 2, chap. 3, S. 252.

6) Vgl. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, a.a.O., S. 42.

zeichnet sich damit ein Kompromiß ab. Das Mehr und Weniger der Willensmeinungen wird gegeneinander aufgehoben und der allgemeine Wille erscheint als Differenz dieses Rechnungsvorganges[1]. Was unter diesem "le plus et le moins" zu verstehen ist, führt Rousseau nicht näher aus. Aller Wahrscheinlichkeit nach ist der Maßstab für diese Berechnung die staatliche Gesinnung des Bürgers.

Dieser allgemeine Wille ist die Souveränität selbst. Der Staat als die geistige Einheit des Willens aller ist der Souverän. Getreu seiner naturrechtlichen Prämisse verleiht ihm Rousseau Willen und Kräfte, wie der einzelne Mensch sie von Natur aus hat und erklärt ihn zur moralischen Person[2]. Rousseau erhebt die innere Einheit der Souveränität zum leitenden Prinzip des Staatsrechts und erblickt im souveränen Volkswillen die Quelle aller staatlichen Anordnungen. Er kann in der mit der Vollziehung der Gesetze betrauten Regierung nur eine Behörde sehen, die mit der Anwendung der Gesetze auf den Einzelfall betraut ist, wobei sie als eine zwischen dem Souverän und den Individuen stehende vermittelnde Körperschaft angesehen wird[3].

Die bei Montesquieu noch vorhandene Befugnis der Regierung zum Erlaß von Vollzugsverordnungen fällt bei Rousseau völlig weg. Das von der Regierung erlassene "décret" ist in Wahrheit nur eine Verfügung, "die an dem konkreten Falle ihre Kraft

---

1) "mais ôtez de ce même volonté les plus et les moins s'entredétruisant, reste pour somme des différences la volonté générale", Rousseau, a.a.O.

2) Rousseau, a.a.O., livre 1, chap. 7, S. 244. "A l'instant au lieu de la personne particulière de chaque contractant, cet acte d'association produit un corps moral et collectif ..." s.u. 1.Kap. III, A. 3. b.

3) "Qu'est ce que donc le gouvernement? Un corps intermédiaire établi entre les sujets et le souverain pour leur mutuelle correspondance, chargé de l'exécution des lois et du maintien de la liberté tant civile que politique", a.a.O., livre 1, chap. 1, S. 273.

erschöpft"[1]. Dies führt bei Rousseau zur Entbehrlichkeit der Regierung überhaupt. Der Monarch ist nur Diener des Staates, er bleibt Mitglied (citoyen) und damit auch Untertan. Die Regierungsgewalt entfällt, wenn das Volk selbst als Souverän auftritt[2]. An anderer Stelle verdeutlicht sich noch intensiver am Unterschied zwischen Gesetzgeber und Verordnungsgeber die radikale Trennung zwischen dem souveränen Volk und der von ihm abhängigen Regierung[3]. Damit wird, wie E.Angermann[4] zutreffend bemerkt, das Gesetz als Akt der Souveränität in scharfer Trennung der Verordnung als einem Akt der Obrigkeit gegenübergestellt.

Im Sinne einer praktikablen Anwendung seiner Lehre auf konkrete politische Verhältnisse fällt Rousseau's System gegenüber dem Montesquieu's merklich ab. Das Plebiszit, für ihn unter jeder Regierungsform letzte Instanz zur Verhinderung

---

1) So Georg Jellinek, a.a.O., S. 69/70.

2) "A l'instant que le peuple est légitimément assemblé en corps souverain, toute jurisdiction du gouvernement cesse, la puissance exécutive est suspendue et la personne du dernier citoyen est aussi sacré et inviolable que celle du premier magistrat, parcequ'où se trouve le représenté il n'y a plus de représentant" Rousseau, a.a.O., livre 1, chap. 14, S. 300.

3) "On voit encore, que, la loi réunissant l'universalité de la volonté et celle de l'objet, ce qu'un homme, quelqu'il puisse être, ordonne de son chef n'est point une loi: ce qu'ordonne même le souverain sur un objet particulier, n'est pas non plus une loi, mais un décret; ni un acte de souveraineté, mais de magistature", Rousseau, a.a.O., livre 2, chap. 6, S. 259.

4) Vgl. E. Angermann, Robert von Mohl, S. 143.

eines Machtmißbrauchs[1], ist offensichtlich an den Perspektiven des Stadtstaates orientiert. Die Frage der Schranken des Volkswillens bleibt ungelöst. Auch führt die Macht der volonté générale in Fällen, in denen alle ihre privaten Interessen verfolgen, zu unhaltbaren Ergebnissen.

Dennoch war der Einfluß Rousseau's vor allem auf dem staatsrechtlichen Positivismus des ausgehenden 19. Jahrhunderts sehr groß[2].

III. Der Staatsbegriff des souveränen Fürstenstaates

A. In der Staatslehre

1. In England; Thomas Hobbes und John Locke

In England hat sich bei Thomas Hobbes die Idee des souveränen Fürstenstaates durchgesetzt. In der Zeit des politischen Umbruchs von der absoluten Königsherrschaft zur Republik Cromwell's entwickelt er seine Auffassung über den Staat. Es kommt ihm darauf an, durch den Staat die Anarchie des feudalen, ständischen oder kirchlichen Widerstandsrechts und den daraus fortwährend neu entbrennenden Bürgerkrieg zu überwinden und den mittelalterlichen Pluralismus den Herrschaftsansprüchen der Kirche und anderer indirekter Gewalten die rationale Einheit einer eindeutigen, eines wirksamen

---

1) Vgl. Rousseau, livre 3, chap. 12/13, S. 298 ff.

2) So sieht Georg Jellinek, a.a.O., S. 51, in der Lehre Rousseau's den ersten eingehenden und zugleich epochemachenden Versuch, "durch Erfassung des materiellen Wesens des Gesetzes das Gebiet der Gesetzgebung inhaltlich von dem der Verwaltung abzugrenzen".

Schutzes fähigen Macht und eines berechenbar funktionierenden Legalitätssystems entgegenzusetzen[1].

Durch einen Vertrag aller Individuen untereinander entsteht eine repräsentative Person oder Körperschaft, die ihrerseits die vertragschließende Menge zu einer einheitlichen Person, zum Staat, erhebt. Hobbes vergleicht ihn mit dem Leviathan, jenem alttestamentarischen See-Ungeheuer, das deutliche Assoziationen zu England als Seemacht aufkommen läßt[2].

"This is the Generation", so heißt es im Leviathan[3], "of that great Leviathan or rather (to speak more reverently) of that Mortal God, to which we owe under the Immortal God, our peace and defence". Carl Schmitt weist nach[4], daß diese Bezeichnung des Staates als sterblicher Gott keine eigene und selbständige Bedeutung habe, sondern daß Gott für Hobbes vor allem Macht verkörpere.

Die Staatsgewalt ist allmächtig, deshalb hat sie wirklichen Charakter. Aber sie ist sterblich, denn sie ist durch einen von Menschen geschlossenen Vertrag zustandegekommen.

Bedeutet nun die Personalisierung des Staates durch den Leviathan, daß sich bei Hobbes der Staat als unsichtbare Staatspersönlichkeit durchgesetzt hat?
Diese Frage ist zu verneinen.

---

1) Vgl. Carl Schmitt, Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes, Hamburg 1938, S. 113; vgl. auch Robert von Mohl, Geschichte der Literatur- und Staatswissenschaften, Bd. I, S. 325.

2) Vgl. Carl Schmitt, Leviathan, S. 119 ff.

3) Thomas Hobbes, Leviathan, London 1651, part 2, chap. 17, S. 87.

4) C. Schmitt, a.a.O., S. 49 ff.

Der Staat ist nur eine Maschine, ein magnum artificium. Er findet seine Rechtfertigung in der Funktion, die zu seiner Gründung führte, nämlich die Menschen vor dem Elend des Naturzustandes, dem "bellum omnium contra omnes" zu schützen[1]. Hört der Schutz auf, so hört auch der Staat selbst auf. Das Individuum gewinnt seine natürliche Freiheit wieder. Die Relation von Schutz und Gehorsam ist der Angelpunkt der Staatskonstruktion des Hobbes[2].

Handlungsfähigkeit erlangt der Staat über den Herrscher. Wie Höhn[3] zutreffend bemerkt, ist die civitas des Naturrechts inhaltlich zum Herrscher-Untertanen-Verhältnis geworden. Alle Bürger unterwerfen sich aber nicht wie bisher über die Korporation, sondern unmittelbar dem Herrscher. Hobbes schaltet den für die Korporationslehre bei Grotius charakteristischen Dualismus zwischen Fürst und Verband völlig aus. Dem absolut herrschenden Fürsten steht die handlungsunfähige Masse der Untertanen gegenüber[4]. Das für Grotius noch bestehende Nebeneinander von "Populus" und "Rex" erkennt Hobbes nicht an. Bei ihm wird Populus durch Rex verdrängt, so daß er zu der widersinnig klingenden Formel "Rex est Populus" gelangt[5].

Dieses Paradoxon erklärt sich aus der Unterscheidung, die Hobbes zwischen multitudo, der Masse, und populus, dem Volk, macht. Die Masse hat keinen eigenen Willen, sie verfügt

---

1) Vgl. Bodo Dennewitz, Machiavelli, Bodin, Hobbes, Drei Essays zum modernen Staatsbegriff, Hamburg 1948, S. 43.

2) C. Schmitt, a.a.O., S. 113.

3) Höhn, a.a.O., S. 156; vgl. auch Mohl, Geschichte, S. 325.

4) Ernst Forsthoff, Verfassungsgeschichte, S. 37 nennt Hobbes den "klassischen" Vertreter der absolutistischen Staatslehre.

5) "In Democratia et Aristocratia, cives sunt multitudo, sed curia est populus. Et in Monarchia subditi sunt multitudo et (quamquam paradoxum sit) Rex est Populus", Th. Hobbes, De cive, Amsterodami, 1647, cap. XII, § 8, S.200.

folglich auch nicht über einen Willensträger. Anders das Volk, welches die Handlungsfähigkeit aber nur über den Herrscher erlangt[1]. So werden von Hobbes wie auch von anderen Naturrechtslehrern die Ansätze zur Volkssouveränität ausgehöhlt. Bei Hobbes geschieht dies um eines politischen Zieles willen. Es geht ihm vor allem um die Festigung der königlichen Machtstellung. Aus diesem Grunde entfällt bei ihm auch der Unterwerfungsvertrag zwischen Herrscher und Untertanen. Somit können letztere keine Rechte gegenüber dem Herrscher aus dem ursprünglichen Vertrag geltend machen, weil er nicht mit dem Fürsten, sondern von ihnen selbst untereinander abgeschlossen wurde[2].

Hat die multitudo einmal ein Repräsentativorgan in Gestalt des Monarchen geschaffen (Hobbes spricht dabei vom "Commonwealth"), so regiert der Monarch aus eigenem Recht; nur er selbst kann die Macht an die Masse zurückgeben[3].

---

1) Hobbes, De cive, cap. XII, § 8, S. 199/200: "Ultimo loco Regimini civili adversatur, praesertim vero Monarchico, quod homines non satis distinguant, inter populum et multitudinem Populus est unum quid, unam habens voluntatem et in actio una attribui possit. Nullum horum de multitudine dici potest. Populus in omni civitate regnat, nam et in Monarchiis populus imperat, vult enim populus per voluntatem unius hominis".

2) So Welzel, die Naturrechtslehre Samuel Pufendorf's, S.67; ebenso Dennewitz, a.a.O., S. 43/44: "Die Macht, die Hobbes damit dem Träger der Staatsgewalt überantwortet, ist sohin unbegrenzt".

3) So Hobbes' Ausführungen im Leviathan, part 2, chap. 18, S. 88. "A Commomwealth is said to be instituted when a multitude of men do agree and convenant, everyone with everyone, that what so ever man or assembly of men, shall be given by the major part, the right to present the Person of them all ... And therefore they that are subjects to a monarch, cannot without his leave cast off Monarchy".

Erweist sich Hobbes damit als Verfechter des souveränen Fürstenstaates, so warnen Forsthoff und Schmitt[1] doch mit Recht vor der klischeehaften Vorstellung, in Hobbes nur den Vertreter des absoluten Machtstaates zu sehen. "Es wäre", so formuliert C. Schmitt, "in der Tat eine sonderbare Staatsphilosophie, wenn ihr ganzer Gedankengang nur darauf hinausliefe, die armen menschlichen Individuen aus der totalen Angst des Naturzustandes in die ebenso totale Angst einer Moloch- oder Golemherrschaft hineinzutreiben"[2].

Hier ist der Auffassung Dennewitz' beizupflichten, der in Hobbes' Lehren eine Synthese zwischen Gesellschaftsvertrag und absoluter Herrschaft sieht[3].

Kaum fünfzig Jahre, nachdem Hobbes in seinem "Leviathan" für den souveränen Fürstenstaat eingetreten war, erklärt ein anderer Theoretiker des Naturrechts, John Locke, die absolute Monarchie für mit der staatlichen Gesellschaft unvereinbar[4] und entwickelt eine Theorie des Staatsvertrags, die als "Abstraktion aus der Englischen Grafschafts- und Parlamentsverfassung"[5] die politischen Verhältnisse im England des ausgehenden 17. Jahrhunderts widerspiegelt[6].

---

1) Forsthoff, Verfassungsgeschichte, S. 37; C. Schmitt, a.a.O., S. 111.

2) Schmitt, a.a.O., S. 112.

3) So Dennewitz, a.a.O., S. 42; in diesem Sinne auch Höhn, a.a.O., S. 151.

4) John Locke, Two Treatises of Civil Government, London 1953, Teil 2, Kap. 7, Nr. 87.

5) So Gneist, Englische Verfassungsgeschichte, S. 702.

6) Die Two Treatises of Civil Government erschienen erstmals im Jahre 1692, drei Jahre, nachdem Jakob II vom Parlament abgesetzt und Wilhelm von Oranien bei der Übertragung königlicher Gewalt zur Anerkennung der Declaration of Rights als Regierungsgrundlage gezwungen worden war.

Mit Hobbes stimmt Locke allenfalls darin überein, daß auch er den Staat auf die Verbindung freier, im Naturzustand lebender Individuen zurückführt[1]. In diesem Naturzustand leben die Menschen jedoch nicht wie bei Hobbes in einem "bellum omnium contra omnes", sondern in einem nach eudämonistischem Lebenszweck ausgerichteten und nach Vernunfteinsicht geordneten Dasein[2]. Dieses wird bestimmt durch Vernunftregeln, zu denen das Recht auf persönliche Integrität, Freiheit und Schutz des Eigentums gerechnet werden[3].

Aus dem Vorgesagten erhellt, daß auch bei Locke der Staat noch nicht als unsichtbare Staatspersönlichkeit gedacht ist. Dies ist bedingt durch die reine Zweckkonstruktion des Staates als Schutzgarant für die Sicherung der menschlichen Freiheitsrechte. Wenn G. Jellinek dem Naturrecht "die Auffassung des Staates als eines Rechtssubjektes" zurechnet, "begründet durch Grotius und namentlich durch die englische Staatslehre des 17. Jahrhunderts vor allem durch Hobbes, sodann aber durch Locke..."[4], so ist dies im Sinne des naturrechtlich-korporativen Personenbegriffs, nicht aber als unsichtbare Staatspersönlichkeit im Sinne Albrechts zu verstehen[5].

Anders als bei Hobbes erlangt der Staat seine Handlungsfähigkeit nicht über den Fürsten, sondern über das den Volks-

---

1) Locke, a.a.O., Kap. 2, Nr. 4; Kap. 7, Nr. 87.

2) Vgl. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 22.

3) Locke, a.a.O., Kap. 5, Nr. 26; Kap. 7, Nr. 87: "Man..hath by nature a power not only to preserve his property, that is his life, liberty and estate..".

4) G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 169 Anm. 1.

5) s.u. S. 127 ff. Vgl. hierzu auch Höhn, Der individualistische Staatsbegriff und die jur. Staatsperson, S. 193.

willen repräsentierende Parlament. Gesellschaft und Legislative werden gleichgesetzt[1]. Neben der Legislative, der gesetzgebenden Gewalt, kennt Locke die vollziehende (executive power) sowie die von Helfritz[2] als auswärtige Gewalt bezeichnete "federative power".

Die beiden erstgenannten Gewalten übernimmt Locke aus dem Naturzustand. Dort hatte jedes Individuum zwei Gewalten, die es bei Gründung des Gemeinwesens zu dessen Gunsten aufgibt[3].

Die im Rahmen dieses Themas weniger interessierende federative power ist erst durch die Gründung des Gemeinwesens existent geworden und entscheidet über die zwischenstaatlichen Beziehungen.

Wenngleich Locke die Legislative als höchste Gewalt im Staat anerkennt[4] und die Gesetze Grundlage jeder Regierungstätigkeit sein sollen[5], so zeigt sich doch seine Vertrautheit mit den Fragen praktischer Politik in der Behandlung der Exekutive, die, obwohl der Legislative untergeordnet[6] und als unmittelbare Vollstreckungs- und Strafgewalt zu verstehen[7], im Wege der Prärogative auch in den gesetzesfreien

---

1) Locke, a.a.O., Teil 2, Kap. 7, Nr. 89.

2) Helfritz, Hans, Allgemeines Staatsrecht, S. 119.

3) Vgl. Locke, a.a.O., Kap. 7, Nr. 87: "Man... hath by nature a power not only to preserve his property... but to judge and punish the breachers of that law in others".

4) Locke, a.a.O., Teil 2, Kap. 13, Nr. 149.

5) a.a.O., Kap. 9, Nr. 131: "Whoever hath the legislative or supreme power of any commonwealth is bound to govern by established standing laws, promulgated and known to the people and not by extemporary decrees".

6) a.a.O., Kap. 13, Nr. 152.

7) Eine Trennung von richterlicher und ausführender Gewalt kennt Locke noch nicht, vgl. Helfritz, a.a.O., S. 389.

Raum vorzudringen vermag. Die "prerogative power" ist die Gewalt, nach der Einsicht für die Erfordernisse des öffentlichen Wohls zu handeln "ohne Vorschrift eines Gesetzes und manchmal auch dagegen"[1]. Sie umfaßt im einzelnen das spätere Notverordnungsrecht[2], das Dispensationsrecht vom strengen Gesetzesvollzug[3], die polizeiliche Gefahrenabwehr[4] und das Recht, Gesetzeslücken zu schließen[5].

Abschließend betrachtet ist die Bedeutung Lockes für die Entwicklung moderner Staatssysteme, sofern ihnen das Prinzip der Gewaltengliederung zugrundeliegt, unverkennbar. Für den Bereich des monarchischen Verordnungsrechts ist besonders auf die starke Akzentuierung der Prärogativgewalt des Herrschers hinzuweisen, die, ein selbständiges Verordnungsrecht praeter legem "in nuce"[6] postulierend, die Voraussetzungen für ein politisch praktikables Zusammenwirken zwischen Parlament und Monarch geschaffen hat.

2. In Frankreich; Jean Bodin

Wie Hobbes in England, so entwirft auch Bodin für Frankreich das Modell des souveränen Fürstenstaates. Sein Ausgangspunkt ist jedoch dem des Hobbes nicht vergleichbar.

---

1) Locke, a.a.O., Teil 2, Kap. 14, Nr. 160: "This power to act according to discretion for the public good without the prescription of the law and sometimes even against it...".

2) a.a.O., Kap. 14, Nr. 159/160: "... cannot provide for all accidents."

3) a.a.O.

4) a.a.O., Kap. 14, Nr. 159.

5) a.a.O.: "Where the legislative and executive power are in distinct hands... there the good of the society requires that several things should be left to the discretion of him that has the executive power."

6) Vgl. Böckenförde, a.a.O., S. 26.

Finden wir bei Hobbes eine Menge (multitudo) als vereinzelt aufgefaßter Individuen, die, des bellum omnium contra omnes müde, einen Gesellschaftsvertrag untereinander unter Abtretung der Herrschaftsrechte an die höhere Willenseinheit Volk schließen, so ist die Staatsvorstellung Bodins vom Familiengedanken geprägt.

"Res publica est familiarum rerumque inter ipsas communium summa potestate ac ratione moderate multitudo"[1]. Die Familie, bei Bodin das Urphänomen aller Sozialität, ist eine organisch gewachsene Gemeinschaft[2], die in ihrem Aufbau und in ihren Grundelementen ein getreues Abbild des Gemeinwesens darstellt[3].

Neben der res publica, der république, taucht bei Bodin häufig der Begriff "estat" auf[4]. Daß république und estat nicht synonym verwandt werden, ist bereits mehrfach nachgewiesen worden[5]. Höhn[6] ist darin zuzustimmen, daß unter estat dasjenige zu verstehen ist, was die res publica in ihrer konkreten Ausgestaltung, d.h. unter dem Einfluß realer Machtverhältnisse darstellt. Zu derselben Feststellung gelangt im Ergebnis Elisabeth Feist, wenn sie bemerkt, daß Bodin unter république die Idee einer staatlichen Gemeinschaft fasse, während estat für ihn die von der souve-

---

1) Joannus Bodinus, De republica libri sex, Francofurti, 1591, lib. I, cap. I, S. 1.

2) Bodinus, a.a.O., lib. I, cap. II, S. 14 und lib. I, cap. IV, S. 32.

3) Bodinus, a.a.O., lib. I, cap. II, S. 13; lib. VI, cap. IV, S. 1116.

4) Dieser Unterschied kommt in der französischen Ausgabe, in "Les six livres de la République, im Gegensatz zur lateinischen Fassung, wo lediglich davon die Rede ist, daß "Civitates ... mediocri prudentia contentae sunt ad hostes propulsandos et ab iniuria cives continendos" besonders deutlich zum Ausdruck. A.a.O., livre I,chap.I, S. 5, heißt es, die Gemeinwesen würden "asseurer leur estat contre les estrangers".

5) Vgl. etwa Bodo Dennewitz, Machiavelli, Bodin, Hobbes, S. 30; Elisabeth Feist, Weltbild und Staatsidee bei Jean Bodin, Halle 1930, S. 27.

6) Höhn, a.a.O., S. 59.

ränen Macht her orientierten möglichen Formen eines Staatsgebildes bedeute[1].

In dieser deutlichen Abgrenzung der république als dem großen Gemeinwesen gegenüber dem état sieht die neueste Forschung Parallelen zum Staatsbegriff des Althusius insoweit, als dieser auch nicht vom Staat, sondern von der Politeuma spricht[2]. Wie für seinen Staatsbegriff, so zieht Bodin auch für die Darlegung seines Souveränitätsbegriffes als Beispiel und Vorbild die Familie heran. Der pater familias lenkt die Geschicke der Familie kraft der ihm eigenen Befehlsgewalt[3]. Das imperium domesticum in der Familie entspricht der summa potestas im Staat, die iussa patris familias entsprechen den iussa principis[4].

Die summa potestas des Herrschers bedarf näherer Betrachtung. Sie ist mit dem Begriff der konkret-existenziellen höchsten politischen Willenseinheit eng verknüpft. Sie ist ihr wesensgleicher, ureigenster Ausfluß, faktische und normative Grundlage für jedes Einwirken auf die Umwelt, für alle Machtentscheidungen des Herrschers[5]. Bei Bodin wird für die summa potestas die Bezeichnung "maiestas" gebräuchlich,

---

1) E. Feist, l.c.

2) H. U. Scupin, Souveränität, S. 13.

3) Vgl. Bodinus, De republica libri sex, lib. I, cap. II, S. 10: "Familia est plurium sub unius ac eiusdem patris familias imperium subditorum earumque rerum quae ipsius propriae sunt, recta moderatio".

4) a.a.O., lib. I, cap. IV, S. 31; lib. I, cap. II, S. 13.

5) Vgl. Georg Fickel, Der Staat bei Bodin, Leipzig 1934, S. 52.

eine Souveränität, die einerseits die den Absolutismus kennzeichnende unlösbare Bindung an die Person des Herrschers ausdrückt, zum anderen ein Herrschen ohne Bindung an die Gesetze ermöglicht[1].

Kann hieraus gefolgert werden, daß dem Fürsten keinerlei Autorität übergeordnet ist?

Der oben dargestellte Souveränitätsbegriff ist an den damaligen Verhältnissen in Frankreich, am Staate Heinrichs II. und III. orientiert. Es geht Bodin um die Rechtfertigung des absoluten Königtums in Frankreich. Inmitten der Zerrissenheit des von Unruhen und Glaubenskämpfen zerrütteten Frankreichs will er Frieden und um des Friedens willen die staatliche Einheit[2].

Erweist Bodin hiermit seinen Blick für die essentielle Notwendigkeit des machtpolitischen Moments in der Souveränität[3], so ist dennoch der Fürst, wenngleich legibus solutus, einer höheren Instanz unterworfen, nämlich den leges divinae ac naturales. Gott ist die höchste Willenseinheit. Er ist der absolute Herrscher über die Welt und steht damit auch über dem Fürsten[4]. Die leges divinae, im Dekalog zusammengefaßt, haben für alle, auch für den Papst, dieselbe unbedingte Verpflichtungskraft.

---

1) "maiestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas", Bodinus, a.a.O., lib. I, cap. VIII, S. 172.

2) Bodin gehörte der politischen Bewegung "Les Politiques" an, einer Vereinigung, die königstreu, aber unabhängig das Denken und Handeln des Monarchen im Rahmen des göttlichen und überlieferten Rechts zu halten suchte. Vgl. Scupin, a.a.O., S. 14.

3) Vgl. hierzu Bodinus, a.a.O., lib. I, cap. X, S. 234.

4) Bodinus, a.a.O., lib. I, cap. VIII, S. 130, "... post Deum immortalem, cuius summa est in omnes orbis terrarum Reges vitae necisque potestas."

Zusammen mit den leges naturales, nach Fickel[1] die Umformung der leges divinae auf die sekundären Regungen und Handlungen des Menschen, bilden sie die Schranke gegen Willkürakte des Fürsten[2]. Damit erweist sich Bodin nicht nur als ein Befürworter der Fürstenmacht, sondern zugleich als ein Theoretiker der Rechtssicherheit[3].

Im Verhältnis zu den Regierten, die zum Fürsten im Untertanenverhältnis stehen, stellen die lois divines et naturelles keine juristische, sondern nur eine sozialethische Bindung dar. Der Fürst kann rechtlich nie belangt werden, er bleibt die höchste unabhängige Macht im Staate[4].

Die Souveränität ist für Bodin unteilbar. Er anerkennt lediglich eine Überwachung der Einhaltung der Grenzen der Souveränität durch das "droit gouvernement", das göttliche Recht und durch die "lois", soweit sie als Verfassungsgesetze anzusehen sind[5]. Andererseits wäre es verfehlt, Gott im Hinblick auf die göttlichen und natürlichen Gesetze als Souverän anzusehen[6].

---

1) Fickel, a.a.O., S. 48.

2) Bodinus, a.a.O., lib. I, cap. VIII, S. 140: "Ne quid contra divinas aut naturales leges sanciatur".

3) So Scupin, a.a.O., S. 18.

4) Vgl. E. Feist, a.a.O., S. 68; Fickel, a.a.O., S. 55.

5) Vgl. hierzu Scupin, a.a.O., S. 22/23. Die Teilung der Souveränität führt nach Bodin zu einer gemischten Regierungsform, einer "forme composée", in der Begriff und Bezeichnung der Souveränität keinen Platz mehr hätten. Scupin, a.a.O., S. 24, weist nach, daß der hierin liegende logische Widerspruch auch dem heutigen Recht, insbesondere dem Recht der supranationalen Vereinigungen immanent ist.

6) Derartiges klingt an bei Max Imboden, Johannes Bodinus und die Souveränitätslehre, Basel 1963, S. 20 ff., wo vom doppelten Souveränitätsbegriff Bodin's die Rede ist. Imboden unterscheidet dort im Verhältnis Gott-Fürst Rechts- und Machtsouveränität. Eine derartige Abstrahierung des Souveränitätsbegriffs unter Loslösung vom Träger der Souveränität erscheint nicht praktikabel. Zutreffend dagegen Günther Holstein und Karl Larenz, Geschichte der Staats-

Bodin läßt keinen Zweifel daran, daß der Fürst Souverän ist. Wer seinen souveränen Fürsten verachtet, der verachtet Gott, dessen Abbild auf Erden er ist[1]. Gott hat dem Fürsten die Macht verliehen, für die Untertanen verbindliche Verordnungen zu erlassen[2]. Der Grund für die Unabhängigkeit des Herrschers liegt in der Vernunftgläubigkeit Bodin's, für den Gesetze des Fürsten zwangsläufig gerechte Gesetze sind[3].

Bei einer derartig ausgeprägten Befehlsgewalt, die, wie Fickel[4] treffend bemerkt, als primäre Äußerungsform, die alle anderen Erscheinungsformen beinhaltende Gesetzgebung hat, lassen sich keine Ansätze für ein neben der Gesetzgebung bestehendes Verordnungsrecht finden. Der Senat (conseil), eine möglichst kleine Anzahl von Beratern, hat lediglich eine bei der Beschlußfassung unterstützende Funktion[5]. Auch die zwischen Herrscher und Untertanen ge-

---

philosophie, München/Berlin 1933, S. 60/61, die darlegen, daß Bodin den Souveränitätsbegriff nicht jenseits, sondern innerhalb des Rechts konzipiere.

1) Bodinus, De republica libri sex lib.I, cap.X,S.192: "... nam qui summum principem, cui debitur obsequi, dedecore afficit, Dei maiestati, cuius est imago vivens ac spirans contumeliam infert."

2) Bodinus, a.a.O., lib.I, cap.VIII,S.129: "Est enim non modo naturae lex illa, sed enim inter divinas saepius repetita, Principum qui Dei concessu ac potestate populis tribuntur edictis obediendum".

3) a.a.O., lib.I, cap.VIII,S.140: "Nam si iustitia finis est legis, lex autem Principis iussum, Princeps Dei Praepotentis imago spirans, consequens est, ut Principis leges verum exemplar prae se legum divinarum."

4) a.a.O., S. 54.

5) Bodinus, De republica libri sex, lib. III, cap. I, S. 400 und S. 412.

schalteten Magistrate stehen gegenüber dem Fürsten in einem unbedingten Unterordnungsverhältnis[1]. Schließlich ruht selbst für die Gerichte jede Entscheidungsgewalt, da der Herrscher nach Belieben deren Funktion an sich ziehen kann[2].

Faßt man zusammen, so können "Les six livres de la République" mit Recht als der erste Versuch einer wissenschaftlichen Bearbeitung des modernen Staatsrechts bezeichnet werden[3]. Wenn auch Bodin keineswegs den Begriff der Souveränität als erster fand[4], so ist es doch sein Verdienst, ihn als erster juristisch durchdacht und umrissen zu haben.

3. In Deutschland

a) Johannes Althusius

Die Lehren Bodins hatten bereits in Frankreich bei den Monarchomachen Widerspruch gefunden. Sie grenzten den Herrschaftsbereich des Königs nach moralischen und rechtlichen Kriterien ab. Schon Franciscus Hotomanus (1532-1596), der wohl radikalste Vertreter dieser Richtung, hatte in seinem

---

1) a.a.O., lib. III, cap. IV, S. 460.

2) Vgl. den Nachweis bei Fickel, a.a.O., S. 61.

3) Dieser Meinung ist auch Dennewitz, a.a.O., S. 29; vgl. auch Robert von Mohl, Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, Bd. 3, Erlangen 1855, S. 375, der das Werk Bodin's als ein System bezeichnet, durch das der klassische Gedanke wehe.

4) Vgl. Fickel, a.a.O., S. 52.

Werk "Francogallia" (1573) diejenigen Könige, die die Rechte der Stände unterdrückten, als Tyrannen bezeichnet. Von großem Einfluß waren auch die Werke von Hubert Languet, der unter dem Pseudonym Stephanus Iunius Brutus die "Vindiciae contra tyrannos" (1580) erscheinen ließ. Zu erwähnen ist außerdem Guilelmus Rosaeus, Bischof von Senslis, mit seinem Werk "De iusta rei publicae Christianae in Reges impios et haereticos authoritate". In gleicher Weise sind für Schottland Buchanan und für Spanien Juan Mariana zu nennen.

Seit Mitte des 16. und Anfang des 17. Jahrhunderts ist ein, wenn auch abgeschwächtes Übergreifen nach Deutschland festzustellen. Als Vorgänger des Althusius ist hier der in Hamburg wirkende Johannes Oldendorp (Wat byllich un wat Recht ys) zu erwähnen. Daneben sind als deutsche Monarchomachen weiter Hoenonius (Hauptwerk: "Disputationum politicarum liber unus") und Alstedius (Hauptwerk: "De statu rerum publicarum) zu nennen. Die Bedeutung der letztgenannten fällt jedoch ab gegenüber der des Althusius, dessen Doktrinen sie im wesentlichen reproduzieren[1].

In einer Zeit, in der die Reichsidee auf Kosten einer territorialen Zersplitterung immer mehr an Wirkung verliert und die Macht sich ständig mehr in den Händen der Reichsfürsten konzentriert, entwickelt Johannes Althusius eine Lehre, die, niedergelegt in seiner "Politica methodice digesta" (1603) die Zustände im Reich zu erfassen und sie gleichzeitig auf ein systematisches Fundament zu stellen sucht.

Methodisch orientiert an Pierre de la Ramée (1515-1572) versucht er, mehr sachbezogen als abstrakt-logisch die politischen, rechtlichen und soziologischen Begebenheiten seiner Zeit in ihren Zusammenhängen darzustellen.

---

1) Vgl. Otto von Gierke, Johannes Althusius, S. 5.

Der Staat ist für ihn begründet durch einen doppelten Staatsvertrag. Die ursprünglich getrennt, oder in voneinander unabhängigen Gruppen lebenden Menschen konstituieren sich durch eine Art Urvertrag, den Althusius hypothetisch voraussetzt zu einer Gemeinschaft, dem Volk. In einem zweiten Vertrag überträgt das Volk Teile seiner Rechte einer Obrigkeit, wobei der grundlegende Teil der Gewalt beim Volk zurückbleibt. Es bestimmt die Organe seiner Herrschaft und die Staatsform selbst[1]. Die Macht wird dieser neuen Obrigkeit nicht im vollen Umfang, sondern nur zur Ausübung übertragen[2]. Das Volk kontrolliert diese Organe durch sogenannte Ephoren, welche gleichfalls vom Volk gewählt sind[3]. Keinesfalls dürfen diese als Träger eigener Gewalt angesehen werden. Sie haben lediglich eine Verwaltungsfunktion und sollen im Auftrag und Namen des Volkes dessen Rechte dem obersten Herrscher gegenüber wahren[4].

Herrscher ist der "summus magistratus". Während aber die frühen Monarchomachen im Herrscher nur einen Volksbeamten sehen, bringt Althusius den Gedanken eines beiderseits

---

1) Johannes Althusius, Politica methodice digesta, Herbornae Nassoviorum 1614, cap. V, 4-8, cap. X, 12, 16, 19: "Iuris huius regni statuendi et se obligandi ad id, potestatem populus, seu membra regni consociata habent".

2) Vgl. H. U. Scupin, Souveränität, S. 9.

3) Althusius, a.a.O., cap XVIII, insbesondere 47-49, 63-68, 81-89. Das Vorbild für die Ephoren entnimmt Althusius der Einrichtung der Presbyter oder der Ältesten in der reformatorischen Gemeinde, vgl. Scupin, a.a.O., S. 11.

4) Althusius, a.a.O.: "Ephori sunt, quibus populi in corpus politicum consociati sonsensu demandata est summa Reip. (Reipublica, d. Verf.) seu universalis consociationes, ut representantes eandem...".

verbindlichen Anstellungsvertrages in privatrechtlicher Ausgestaltung, wodurch das Volk als Geschäftsherr die Verwaltung der von ihm nicht unmittelbar auszuübenden Majestätsrechte einem obersten Geschäftsführer mit einem innerhalb der gegebenen Vollmacht selbständigen Recht überträgt[1].

Zwischen den Ephoren und dem summus magistratus besteht ein ausgewogenes System gegenseitiger Kontrolle. So sind die Ephoren in allen öffentlichen Geschäften an Zustimmung und Billigung des summus magistratus gebunden, sofern dieser die Grenzen seines Pflichtenbereichs einhält[2]. Sie haben den summus magistratus gegen feindliche Einflüsse zu schützen, sind aber andererseits auch gehalten, bei dessen Amtsmißbrauch Widerstand zu leisten[3]. Auch sind die Ephoren berechtigt, Akte des Herrschers zu beanstanden, wenn dieser es unterließ, sie zu befragen oder ihre Meinung einzuholen.

---

1) Vgl. Otto von Gierke, Johannes Althusius, S. 145.

2) Althusius, a.a.O., cap. XVIII, 81: "Sed et ipsi optimates sine consensu et approbatione summi magistratus, officium suum faciantis, in Reip. negotiis nihil facient.

3) Althusius, a.a.O., cap. XVIII, 83, 84, 89. Die Bedeutung des Althusius gerade im Hinblick auf das Widerstandsrecht ist ja schon mehrfach zutreffend hervorgehoben worden; vgl. z. B. Julius von Gierke, Widerstandrecht und Obrigkeit, Berlin/Köln 1956, S. 11; ders. in Neues über Johannes Althusius, Berlin/Köln 1957, S. 5 ff; vgl. auch Karl Heyland, Das Widerstandsrecht des Volkes, Tübingen 1950. Im Gegensatz dazu ist das auch von Bodin anerkannte Widerstandsrecht gegen die "monarchie tyrannique" (im Gegensatz zur "monarchie royale") mangels klarer Trennung der Begriffe nicht praktikabel, vgl. Scupin, a.a.O., S. 24.

Zutreffend bemerkt Scupin, daß diese gegenseitige Überwachung der Machtträger noch nicht als Gewaltentrennungs- und Kontrollsystem im Sinne Locke's anzusehen sei. Gesetzgebende und ausführende Gewalt sind bei Althusius noch keineswegs getrennt. Eine Scheidung der Gewaltträger nach abstrakten Begriffen ist nicht festzustellen[1]. Otto von Gierke stellt richtig fest, daß es damit keinen Unterschied der Staatsformen, sondern nur einen Unterschied der Regierungsformen je nach der monarchischen oder polyarchischen Organisation des summus magistratus gebe[2]. Althusius wollte also nicht die Institution der Monarchie beseitigen[3].

Diese Ausführungen werfen die Frage auf, ob Althusius, wie Otto von Gierke meint[4], als derjenige anzusprechen ist, dessen Werk als "Haupteigentümlichkeit die Durchführung des Gedankens der Volkssouveränität" enthält.

Ein historischer Rückblick zeigt, daß Fragen der Souveränität erst vom 12. Jahrhundert ab eine Rolle spielen, wo die mittelalterlichen Vorstellungen von der höchsten irdischen Gewalt als einem von Gott verliehenem Amt durch die profanen absolutistischen Doktrinen zurückgedrängt werden. Von da ab kommt in der Kirche dem Papst, im Reiche dem Kaiser eine plenitudo potestatis zu, die deren Träger mit der Machtvollkommenheit eines Souveräns ausstattet und ihn über das positive Recht stellt[5].

---

1) Scupin, a.a.O., S. 12.

2) Otto von Gierke, a.a.O.

3) Andernfalls hätte sich Althusius in Widerspruch zur geschichtlichen Realität gesetzt. Die politische fürstliche Macht war, wie Scupin, a.a.O., S. 8, ausführt, im Europa des 16. Jahrhunderts fest verankert.

4) Otto von Gierke, a.a.O., S. 18.

5) Otto von Gierke, a.a.O., S. 139 ff.

Bei Bodin finden wir den Begriff der "Souveraineté oder des "ius majestatis" bereits in einer schärferen Konsequenz durchgeführt, die keinerlei gemischte Staatsformen zuläßt, weil dies eine Teilung der Majestätsrechte voraussetzen würde. Wie O.Gierke bemerkt[1], nimmt Althusius den Souveränitätsbegriff Bodins auf, indem auch er die oberste Gewalt aus einem von Gott ausgehenden Naturrecht ableitet, schreibt sie jedoch einem anderen Träger zu. Sah Bodin die Begründung der summa potestas des absoluten Königtums im Naturrecht, so gibt das Naturrecht für Althusius der Allgemeinheit die "potestas iuris regni statuendi"[2]. Eine Korrektur erfährt der Bodin'sche Souveränitätsbegriff nur insofern, als der Gedanke der "potestas absoluta" verworfen wird und die souveräne Gewalt nicht nur durch göttliches oder Naturrecht, sondern auch durch positive, insbesondere Verfassungsgesetze, gebunden ist[3].

Ist in dieser eindeutigen Absage an die Fürstensouveränität ein Eintreten für die Volkssouveränität zu sehen?

Dies kann nur mit Einschränkungen bejaht werden. Die consociatio universalis, von Althusius im Sprachgebrauch synonym als imperium, regnum, res publica bezeichnet, entsteht einmal durch den Vertrag kleinerer Lebensgemeinschaften (consociationes symbioticae) oder besonderer Körperschaften[4]. Zum anderen hat auch das Volk, die Summe der vereinigten Glieder, die potestas iuris regni statuendi[5], wobei diese Rechte aber nicht den einzelnen Menschen, sondern der Gesamtheit zukommen[6].

---

1) O. Gierke, a.a.O., S. 157.
2) Althusius, a.a.O., cap. IX, 16.
3) So zutreffend Otto von Gierke, a.a.O., S. 158 und 26 ff.
4) Althusius, a.a.O., cap. V, 1, cap. IX, 1, 3.
5) a.a.O., cap. IX, 12. 16, 23.
6) a.a.O., cap. IX, 18.

So stellt sich die Lehre des Althusius als eine Kombination aus dem Wesen des naturrechtlichen Vertrages und dem Wesen der Souveränität dar, als ein Ansatz zur Begründung einer neuen Theorie von der Volkssouveränität. Der Substanz nach liegt die ganze oberste Gewalt beim Volk, welches auf diese Gewalt stets zurückgreifen kann[1].

Mag nun die Behauptung O. Gierke's, daß die Politiker des Althusius auf die im "contrat social" dargelegte Lehre Rousseau's von der Volkssouveränität von maßgeblichem Einfluß gewesen sei, den Tatsachen entsprechen oder nicht, so fällt doch ein bedeutsamer Unterschied beider Lehren ins Auge: Von dem Radikalismus eines Rousseau, der den souveränen Volkswillen über alles positive Recht, einschließlich der Verfassung setzt, unterscheidet den Althusius die Vehemenz, mit der er für den Verfassungsstaat eintritt. Die schon erwähnte Ablehnung der postesta absoluta oder postestas legibus soluta unterwirft auch den Träger der Souveränität den Gesetzen. Volk und Herrscher sind gleichermaßen durch das Verfassungsrecht gebunden.

Die Bedeutung der Lehren des Althusius beschränkt sich nicht auf seine Erkenntnisse vom Wesen des Staates, sondern weist bereits den Weg zum heute gültigen Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. So fordert er bereits feste Verwaltungsgesetze[2]. Die Vollziehung des Gesetzes ist dabei gemäß den Umständen des konkreten Falles zu individualisieren.[3]

---

1) So Scupin, a.a.O., S. 12.

2) Althusius, a.a.O., cap. XIX, 1.

3) "Lex circumstantias generales habet, uti medicina; sed magistratus causarum anditis circumstantiis propriis judicat et legibus negotia adcommodat", Althusius, a.a.O., cap. XXIX, 13.

Darüber hinaus läßt sich bei Althusius aber auch in der Praxis eine Auswirkung seiner Lehren feststellen. Anders als bei Bodin, dessen Ideen vom französischen Absolutismus ignoriert wurden, stärkte Althusius' "Politica" die Position der ostfriesischen Stände und bewirkte eine wenn auch nur zeitweilige Vermehrung der Schwäche der Landesherrschaft[1].

b) Samuel Pufendorf

Inzwischen hatte sich der Einfluß der Reformation, die den Nährboden für die Lehren der deutschen Monarchomachen abgegeben hatte, abgeschwächt. Im Gegensatz zu seinem früheren Anhänger Thomasius bezieht Samuel Pufendorf Stellung gegen eine völlige Schrankenlosigkeit des Herrscherwillens. So scheinen ihn seine Ausführungen, die in seinem Werk "De iure Naturae et gentium"[2] wohl am ausführlichsten und treffendsten dargestellt sind, zunächst als Anhänger der Staatssouveränität zu qualifizieren.

In der Staatslehre Pufendorfs steht dem Menschen, wenn man ihn abstrakt als psycho-physisches Wesen betrachtet, die "persona moralis" gegenüber. Sie legt dem Menschen, ohne dessen psycho-physische Struktur zu ändern, eine Sinnhaftigkeit bei, die ein reales Bestandstück der Kulturwirklichkeit ist[3]. Zum besseren Verständnis der persona moralis bedarf es eines kurzen Eingehens auf eine, im kulturpolitischen Sinne, geniale Schöpfung Pufendorfs, die "entia moralia"[4].

---

1) Vgl. Scupin, a.a.O., S. 25.

2) Samuel Pufendorf, De iure Naturae et gentium, Frankfurt 1684.

3) Vgl. Hans Welzel, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, Berlin 1958, S. 58.

4) Vgl. hierzu die ausgezeichnete Darstellung "Die Lehre von den entia moralia" bei Welzel, a.a.O., S. 19-30.

Die entia moralia ist eine Lehre, die auf der Grundüberzeugung von der menschlichen Freiheit beruht und scharf zu scheiden ist von der "entia physica". Sie hat ihre eigenen Strukturgesetze und ihren eigenen Endzweck, der nicht, wie bei der entia physica, in der Vollkommenheit des natürlichen Universums, sondern in der Vollkommenheit menschlichen Lebens besteht[1]. Der Satz: "Homini cultura sui est necessaria"[2] läßt bei Pufendorf einen Wandel vom Naturrecht zum Kulturrecht erkennen und kennzeichnet ihn als den ersten Kulturphilosophen, "welcher die prinzipiellen Grundlagen einer Kulturphilosophie in einer erstaunlich modern anmutenden und teilweise noch heute gültigen Weise dargelegt hat"[3].

Bei der Analyse der moralischen Handlung zeigt Pufendorf das Spannungsfeld zwischen Freiheit und Bindung auf. Während das außermenschliche Geschehen dem ewigen Gesetz der Kausalität unterworfen ist, tritt bei der menschlichen Handlung die Freiheit, die Willensfreiheit als Determinationsmerkmal hinzu. Diese Freiheit drückt sich in der Indifferenz, dem Verhältnis des Willens zu möglichen Handlungen und der freien Selbstbestimmung aus, wonach der Handlungsentschluß allein vom Willen abhängt[4]. Dem Willen tritt das Gesetz als Forderung (obligatio) gegenüber und schränkt seine Freiheit in bestimmter Weise ein. Diese Einschränkung stellt eine moralische Bindung dar, eine Forderung zum richtigen, guten und gerechten Verhalten, für das sich der Wille frei entscheiden soll[5]. Das Urteil über die

---

1) "Hinc finis eorundem patescit, qui non est, uti entium physicorum, perfectio huius universi, sed peculiariter perfectio vitae humanae ...", Pufendorf, a.a.O., lib.I, cap. I, 3.

2) Pufendorf, a.a.O., lib. III, cap. IV, 1.

3) Welzel, a.a.O., S. 19.

4) Pufendorf, a.a.O., lib. I, cap. IV, 2.

5) Vgl. Welzel, a.a.O., S. 23.

Werthaftigkeit der Handlung auf Grund des Gesetzes ist ein Verstandesurteil, mit dem Gewissen als Kriterium[1].

Innerhalb der persona moralis unterscheidet Pufendorf die persona moralis simplex, deren Träger der Einzelmensch und die persona moralis composita (die Gesamtperson), deren Träger eine Vielheit von Menschen ist. Diese Gesamtperson, der Staat, hat einen eigenen Gesamtwillen und unterscheidet sich dadurch von der Menge, in der nur insoweit Rechte und Verpflichtungen entstehen, als die einzelnen Mitglieder der Menge handeln[2]. Dagegen erscheinen in der Gesamtperson die einzelnen nur als Werkzeug[3]. Daher bleibt die Gesamtperson bestehen, auch wenn die Individuen wechseln. Die Gesamtperson wird konstituiert durch den freiwilligen Unterwerfungsvertrag, die "unio voluntatum", der vielen Einzelwillen unter den Willen eines einzelnen Menschen oder Rates, in dem sie dessen Beschlüsse oder Befehle als den Willen aller angesehen wissen will[4].

Diese großartige Konzeption, die die "einzigartige Verknüpfung zweier gegensätzlicher Gedankenkreise, nämlich daß alle menschlichen Gemeinschaften zwar durch individuelle Willensakte geschaffen und getragen werden, daß sie aber dennoch in ihrem Gehalt mehr sind als das, was jeder einzelne zu ihnen beiträgt"[5], zerstört Pufendorf bedauerli-

---

1) Pufendorf, a.a.O., lib. I, cap. III, 4.

2) a.a.O., lib. VII, cap. II, 6.

3) a.a.O., lib. VII, cap. II, 14.

4) "Persona moralis composita constituitur quando plura individua humana ita inter se uniuntur, ut quae vi istius unionis volunt aut agunt, pro una voluntate, una quae actione, non pro pluribus censeantur", Pufendorf, a.a.O., lib. VII, cap. II, 5.

5) So Welzel, a.a.O., S. 60.

cherweise durch die Gleichsetzung des Staates mit dem König in der Monarchie[1]. Dieses Problem tritt bei der Behandlung der Souveränitätsfragen noch deutlicher in Erscheinung.

Der Unterwerfungsvertrag macht den Staat zum Staate und verleiht ihm die Souveränität[2]; Merkmal der Souveränität ist der Staatswille, das "summa imperium", gleichsam die Seele des Staates, durch die er lebt und in Gleichgewicht gehalten wird[3]. Dann aber verfällt Pufendorf in dasselbe Denkschema wie die übrigen Staatsrechtslehrer jener Zeit und identifiziert die - wie man heute sagen würde - Staatssouveränität mit der Organsouveränität. Er verknüpft die Souveränität mit dem Souverän und folgert für ihn, daß er weder politisch noch strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden könne[4].

Dies läßt Rückschlüsse auf den Einfluß Hobbes' zu. Doch unterscheidet sich Pufendorf von letzterem durch die Einstellung zum Charakter des Unterwerfungsvertrages. Während sich bei Hobbes die Untertanen bedingungslos unterwerfen, besteht nach Pufendorf eine wechselseitige Verpflichtung zwischen Fürst und Volk. Zwar handelt auch bei Pufendorf der Herrscher in Ausübung eigenen Rechts, doch ist er gebunden durch ein Sozialitätsprinzip, "dessen Wesen letztlich in einer irrationalen Bindung des Menschen an seine Mitmenschen endet"[5].

---

1) "Rex est populus!" Pufendorf, a.a.O., lib. VII, cap. II, 14.

2) Vgl. Welzel, a.a.O., S. 69.

3) Pufendorf, a.a.O., lib. VII, cap. II, 1; zur Frage der Einheitlichkeit und Unteilbarkeit der Staatsgewalt bei Pufendorf vgl. auch G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 61.

4) Vgl. Welzel, a.a.O., S. 70.

5) So Höhn, Der individualistische Staatsbegriff, S. 163. Höhn spielt hier offenbar auf die "entia moralia" an, ohne dies besonders zum Ausdruck zu bringen.

Die heutige Kritik an dieser Gleichsetzung der Staats- und Organsouveränität muß immer berücksichtigen, auf welchem politischen Hintergrund die Lehre von der Staatssouveränität entstand. Sie schrankenlos zu vertreten, hieß der damals herrschenden absoluten Monarchie das Rechtsfundament zu entziehen. So ist es schon als ein Zeichen von Mut anzusehen, in einer Zeit, die das Herrscher-Untertanenprinzip verherrlichte, den Vertragswillen der Individuen retrospektiv als staatsschöpfend anzusehen.

Der Vorwurf der Zaghaftigkeit in Fragen der Beschränkung der absoluten Monarchie, den Welzel gegenüber Pufendorf erhebt[1], muß unter diesem Gesichtspunkt eine Abschwächung erfahren.

So bedeutet für Pufendorf die Einschränkung der absoluten Monarchie beispielsweise durch eine Verfassung noch nicht eine Beschränkung der Souveränität. Entscheidend bleibt nach wie vor e i n Wille, der Wille des Königs, dessen Wirksamkeit abhängt von der vertraglich ausgemachten Bedingung. Souveränität und absolute Gewalt sind eben etwas Verschiedenes. Souveränität bedeutet die Abwesenheit eines Höheren und Gleichgeordneten, absolute Gewalt die Fähigkeit, nach eigenem Ermessen Recht auszuüben[2].

Wie die übrige Naturrechtslehre ergänzt auch Pufendorf den negativen Begriff der Souveränität, die Unabhängigkeit von einer höheren irdischen Gewalt, positiv durch Aufzählung

---

1) Welzel, a.a.O., S. 77 Anm. 61.

2) "Summum autem et absolutum nequaquam sunt unum et idem. illud enim notat absentiam superioris aut aequalis in eodem ordine; hoc autem facultatem proprio ex iudicio et arbitrio qualecumque ius exercendi", Pufendorf, a.a.O., lib. VII, cap. VI, 10.

bestimmter Funktionen der Staatsgewalt. Aus dem Staatszweck, der Sicherheit der Bürger durch Schutz der Naturgesetze, leitet er folgende Funktionen der Staatsgewalt als Teile der Souveränität ab:
1. Gesetzgebung; 2. Strafgewalt; 3. Rechtsprechung; 4. Gewalt über Krieg, Frieden und Bündnisse; 5. Recht zur Beamtenernennung; 6. Besteuerungsrecht; 7. Recht zur Untersuchung staatsgefährdender Lehren[1].

Die große Bedeutung Pufendorfs liegt weniger in seinem Bekenntnis zur Staatssouveränität, die er durch erhebliche Konzessionen an die Fürstensouveränität zu einem Torso verstümmelt, als in der Auffassung des Staates nicht als eines bloßen Rechtsverhältnisses oder als einer Schutzanstalt für den Einzelnen und sein Eigentum, sondern die Konzeption des Staates als eines Kulturstaates. Dort erst kann sich für ihn ein sittliches und kulturelles Leben entfalten[2].

---

1) Pufendorf, a.a.O., lib. VII, cap. IV, 1-8.

2) "Per statum hominis naturalem non intellegimus huic illam conditionem, quam velut perfectissimam et homini quam maxime congruente natura ultimo intendit; sed in qua homo per ipsam nativitatem constitutus concipitur, prout abstracta intelliguntur inventa, atque instituta humana aut homini divinitas suggesta, quibus aliam velut faciem vita mortalium induit. Sub quibus comprehendimus non solum varias artes et universum vitae humanae cultum, sed etiam potissimum societates civiles, quarum ex ortu genus humanum in ordinem fuit digestum", Pufendorf, a.a.O., lib. II, cap. II, 1.

C. Christian Thomasius und Christian Wolff

Am Staatsbegriff des Thomasius hat sich, bedingt durch die historische Entwicklung, gegenüber Pufendorf nichts geändert. Das absolute Königtum hat sich soweit gefestigt, daß die Fragen nach dem Herrscher-Untertanen-Verhältnis nicht mehr so vordringlich scheinen. Das uneingeschränkte Über- und Unterordnungsverhältnis ist für Thomasius eine Selbstverständlichkeit[1].

Somit überrascht es nicht, wenn Thomasius sich mehr dem Staatszweck und der Art der Herrschaftsausübung zuwendet. Seine Ausführungen hierzu erklären sich unschwer aus seinen philosophischen Anschauungen. Diese sind durch zwei Phänomene gekennzeichnet: Zum einen unterscheidet sich Thomasius von Pufendorf durch die Verlegung der Naturrechtsquelle aus der staatlichen Gemeinschaft in die Individualität des vernünftigen Einzelmenschen, dessen ratio das Naturrecht erzeugt. Zum anderen finden wir bei ihm die Überwindung des ius divinum durch die gänzliche Lossagung von irrationalen Geltungsgründen eines rechtlichen Gebotes[2].

---

1) Christian Thomasius, Institutionum Jurisprudentiae Divinae, libri tres, Halle und Magdeburg 1730, lib.III, cap. VI, § I, Nr. 5: "Consentimus in eo: quod forma civitatis sit republica, hoc est ordo imperantium et parentium, item summum imperantis et inferiorum magistratuum".

2) Vgl. Erik Wolf, Große Rechtsdenker, Tübingen 1939, S. 117. In diesem Sinne auch Bluntschli in Bluntschlis Staatswörterbuch, 3. Bd., Zürich 1875, S. 752, wonach Thomasius die Auffassung, daß Gott die unmittelbare Ursache der Majestät sei, für abgeschmackt, unvernünftig und aller Geschichte widersprechend gehalten habe.

Der Gesellschaft fehlt damit die innere Notwendigkeit, der appetitus societatis.

Es trifft zwar zu, wenn Fleischmann behauptet, in der Grundauffassung der Herleitung von Staat und Staatsgewalt sei Thomasius über die Anschauung seiner Zeit vom sozialen Vertrag nicht oder nicht wesentlich hinausgelangt[1]. Dies läßt sich ohne Schwierigkeiten belegen[2].

Allein die Gesellschaft ist hier nur noch die Zweckgemeinschaft einer Vielheit von Individuen[3]. In der Zweckrichtung finden wir bereits den Wohlfahrtsstaat absolutistischer Prägung mit seinen Maximen von Glück und Geborgenheit[4].

Zur Verwirklichung dieses Ziels stellt Thomasius drei Grundverhaltensnormen für das menschliche Zusammenleben auf:

1. Quod vis, ut alii sibi faciant, tute tibi facies (principium honesti)
2. Quod vis, ut alii tibi faciant, tu ipsis facies (principium decori)
3. Quod tibi non vis fieri, alteri non feceris[5] (principium justi).

---

1) Max Fleischmann, Christian Thomasius, Halle 1930, S.63.

2) Vgl. Thomasius, Institutionum, lib. III, cap. VI, Nr. 29-31, insbesondere 29: "Ex dictis patet, regulariter ad coalitionem civitatis requiri duo pacta et unum decretum. Primum pactum ineunt multi in libertate naturale hactenus constituti, inter se singuli, quod in unum et perpetuum coetum coire et convices mutuo fieri velint in quod pactum omnes et singuli, ut consentiant necessum est, nam qui non consentiret, is extra futuram civitatem manet".

3) Thomasius, a.a.O., lib.I, cap.I, 91: "Est vero societas unio plurium personarum ad certum finem".

4) Thomasius, a.a.O., lib.I, cap.IV, 55: "... desiderat vitam cum aliis hominibus beatam et tranquillam".

5) Thomasius, Fundamenta juris naturae et gentium, Neudruck der 4.Aufl. von 1718, Aalen 1963, lib.I, cap.VI, Nr.40-42.

Nach Erik Wolf hat Thomasius damit die Grundprinzipien der Ethik, der Politik und des Naturrechts dargestellt. Die hierin liegende Trennung von Sittlichkeit und Recht gilt heute noch als seine große wissenschaftliche Leistung[1].

Nach Thomasius unterscheiden wir gleichfalls drei Hauptarten der Regierungstätigkeit:
1. Belohnung für die Guten
2. Gutes Beispiel für die Unvernünftigen
3. Strafe für die Ungerechten[2].

Hierin drückt sich bereits der Wandel aus, den das Bild des Herrschers in Preußen, wo Thomasius nach seiner Flucht aus Leipzig lehrte, inzwischen durchgemacht hatte.

Die Leistungen Friedrich Wilhelms, des Großen Kurfürsten für Frieden und Ordnung nach dem dreißigjährigen Kriege und die weitere Festigung des Staatswesens unter Friedrich Wilhelm I. lassen den Fürsten mehr als Landesvater erscheinen, der durch eigenes pflichttreues Handeln seinen Landeskindern mit gutem Beispiel vorangeht und väterliche Ratschläge erteilt[3].

Bekenntnisse etwa zur unsichtbaren Staatspersönlichkeit konnte man in einem Staatswesen, wo ein absoluter Monarch (Friedrich Wilhelm I.) von einem wissenschaftlichen Gutachten forderte, daß es keine "principia enthalte, so mit

---

1) Vgl. Erik Wolf, a.a.O., S. 122; vgl. auch Carl Schmitt, Leviathan, S. 90.

2) Thomasius, Fundamenta, lib. I, cap. VII, 9; ;Sed cum stultorum varia sint genera, varia etiam debent esse genera auxiliorum, quae sapiens praebet insipientibus, potissimum tria: praemia, exempla, poenae".

3) So Fleischmann, a.a.O., S. 64; die gleiche Auffassung vertritt Reinhard Höhn, Der individualistische Staatsbegriff, Berlin 1935, S. 168.

unserem höchsten Interesse nicht übereinkommen"[1], nicht erwarten, zumal Thomasius beim König mehr geschätzt als beliebt war.

Ansätze zu einer Eigenpersönlichkeit des Staates, wie sie uns noch bei Pufendorf begegnete, sind bei Christian Wolff, dem zeitlich gesehen jüngsten (1679-1754) in der Reihe der genannten Naturrechtslehrer, nicht mehr zu finden.

In formal-systematischer Darstellungskunst Pufendorf überlegen[2], kennt zwar auch er den Staat als persona moralis oder sittliche Person[3]. Der Staat wird als "freie" Person im Naturzustande empfunden[4] und ein Vergehen wider das "das Recht aller und jeder" ist gegen die moralische Person des Staates gerichtet[5]. Wenn aber auch schon Miteigentümer eine solche moralische Person bilden[6], dann gibt diese Konstruktion für einen Staatsbegriff im Sinne einer staatlichen Eigenpersönlichkeit so gut wie nichts her.

Bei Wolff verschwindet die Staatspersönlichkeit vor den auf Gesellschafts- und Auftragsverhältnisse rückführbaren individualistischen Rechtsbeziehungen zwischen verschiedenen Personen[7].

---

1) Zitat aus einem Erlaß Friedrich Wilhelms I. vom 19. Januar 1719, vgl. Fleischmann, a.a.O., S. 68.

2) Erik Wolf, Große Rechtsdenker, S. 337.

3) Christian Wolff, Institutiones Iuris Naturae et Gentium, Halle Magdeburg 1754, § 96 S. 50.

4) a.a.O., § 977 S. 600.

5) "Cum universitas in civitate spectetur tamquam persona moralis iniuria in Rem Publicam committitur, si quid fit, quod est contra ius universorum, veluti omnium securitatem." Vgl. Wolff, a.a.O., § 1030 S. 635.

6) "Quodsi pluribus coniunctim in re indivisa pro rata dominium competit, communio positiva vocatur. Quam ob rem dominus sit persona moralis", a.a.O., § 196 S.109.

7) In diesem Sinne Gierke, Althusius, S. 198.

Die moralische Person des Staates hat nur noch im Völkerrecht Bedeutung[1]. Im Bereich des inneren Staatsrechts wird der Staat unter zweckrationalen Gesichtspunkten zu einem Mittel für die Verwirklichung eines von Wohlfahrtsideen getragenen Eudämonismus, wie er uns im aufgeklärten Absolutismus Friedrichs des Großen begegnet[2].

Die moralische Person, bei Pufendorf noch Grundlage und bescheidener Ansatz zu einer unsichtbaren Staatspersönlichkeit, ist "vollkommen wertlos" geworden, wenn im inneren Staatsrecht der das ganze Volk vorstellende Herrscher anderen moralischen oder physischen Personen gegenübergestellt wird[3].

B. Der Staatsbegriff des souveränen Fürstenstaates in der staatsrechtlichen Wirklichkeit unter besonderer Berücksichtigung des monarchischen Verordnungsrechts

1. Der Staatsbegriff der preußischen Könige

Zum besseren Verständnis dieses Staatsbegriffs erscheint die Darlegung der historischen Entwicklung bis zum Regierungsantritt des Großen Kurfürsten angezeigt.

Zu diesem Zeitpunkt wies das preußische Staatswesen noch nicht jene Solidität auf, die, Mitte des 18. Jahrhunderts, den Staat Friedrichs des Großen auszeichnete. Die altgermanische Doppelbildung deutschen Staatslebens von Obrigkeit und Volksfreiheit hatte sich im deutschen Gesamt-

---

1) Vgl. Wolff, a.a.O., §§ 1088 ff., S. 679 ff.
2) Vgl. Helfritz, Allgemeines Staatsrecht, S. 387 f.
3) So Gierke, Althusius, S. 198/199 Anm. 205.

staatsleben zu Kaiser und Reich entwickelt und setzte sich in den Ländern, den Territorien, fort in Landesherren und Ständen[1].

Diese Territorien kennt die deutsche Verfassungsgeschichte seit dem ausgehenden 12. Jahrhundert. Um diese Zeit tauchen die Begriffe "princeps terrae" oder "dominus terrae" auf[2]. Es währt einige Jahrhunderte, ehe sich die Territorien zu Territorialstaaten entwickeln. Die Herrschaft der Landesherren, ursprünglich ein Komplex verschiedenartiger, in dessen Hand vereinigter Rechte, wird allmählich zu einer Einheit.

Mit Otto Brunner verlegen wir die Ansätze zur Herausbildung einer einheitlichen obrigkeitlichen Gewalt in den Territorien in das 15. Jahrhundert[3]. Das lockere Konglomerat landesherrlicher und sonstiger Rechte wandelt sich im 15. Jahrhundert zu einer in sich gefestigten einheitlichen Landeshoheit, die zur ersten und wichtigsten Voraussetzung des modernen Staates wird[4].

Die Landeshoheit steht im 15. und 16. Jahrhundert wegen des fehlenden einheitlichen Staatsbegriffs, der Landesherr und Stände im Dienst eines größeren, gemeinsamen Zieles organisch zusammenfassen würde, eher auf dem Boden der Macht als auf rechtlicher Grundlage. Fürst und Stände stehen einander mehr oder weniger als selbständige Mächte gegenüber

---

1) Vgl. Conrad Bornhak, Deutsche Verfassungsgeschichte, Stuttgart 1934, S. 150.

2) Vgl. Otto Brunner, Land und Herrschaft, S. 165 sowie Hans Fehr, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 124.

3) O. Brunner, a.a.O., S. 165; ebenso Friedrich Hartung, Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 70.

4) Hans Erich Feine, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, Tübingen 1937, S. 8, auf S. 11 spricht er von einer "einigermaßen gefestigten und einheitlichen Landeshoheit"; a.A. Fehr, Deutsche Rechtsgeschichte, S.203, der das Entstehen einer einheitlichen Staatsgewalt in den Territorien in das Jahr 1648 verlegt.

und regeln im Vertragsweg ihre Beziehungen, dabei stets auch den eigenen Vorteil nicht außer acht lassend[1].

Mitentscheidend für die Herausbildung dieses Dualismus ist die finanzielle Abhängigkeit des Landesherrn von den Ständen, die das Steuerbewilligungsrecht ausüben. Eine verfassungsmäßige Abgrenzung der beiderseitigen Rechte besteht nicht. Die rechtliche Position des Landesherrn läßt sich mit einem Satz Bornhaks umreißen: "Hatte er die Macht, ohne Stände fertigzuwerden, so hatte er auch das Recht dazu"[2].

a) Der Große Kurfürst Friedrich Wilhelm von Brandenburg

Vor diesem historischen und rechtlichen Hintergrund muß die Situation Friedrich Wilhelms des Großen Kurfürsten gesehen werden, als er im Jahre 1640 als Zwanzigjähriger die Regierung übernahm.

Zu Beginn seiner Regentschaft war er nicht der Monarch eines großen Staates, sondern ein vielfacher Landesherr über ein Bündel von Territorien[3], das nur in der Person des Fürsten eine lose gefügte Einheit hatte[4]. Die drei Ländergruppen, die er vorfand, die Stammlande der Kurmark, die rheinischen Besitzungen Cleve, Jülich, Mark und Ravensberg und das polnische Lehnsherzogtum Preußen (der Westfälische Frieden

---

1) Vgl. Feine, a.a.O., S. 16.

2) Bornhak, a.a.O., S. 150; vgl. hierzu einen Ausspruch des Großen Kurfürsten, "daß ein Loth Respects mehr werth sei, als ein ganz Pfund Rechts", zitiert bei August von Haeften, Urkunden und Aktenstücke zur Geschichte des Kurfürsten Friedrich Wilhelm von Brandenburg, Ständische Verhandlungen, 1. Bd., Berlin 1869, S. 99.

3) Vgl. Otto Hintze, Die Hohenzollern und ihr Werk, Berlin 1915, S. 202.

4) Vgl. Bernhard Erdmannsdörfer, Deutsche Geschichte vom Westfälischen Frieden bis zum Regierungsantritt Friedrichs des Großen, Berlin 1888, Bd. 1, S. 95.

brachte den Erwerb von Hinterpommern, Halberstadt und Minden sowie die Anwartschaft auf Magdeburg, Anfall: 1680) waren ständisch verfaßte Territorien, "in denen die Stände sehr viel, der Kurfürst (außer in der Kurmark) nur wenig zu sagen hatte"[1]. Weite Teile des Landes waren von Truppen, die unter dem Einfluß des Grafen Schwarzenberg standen, besetzt. Die Räte zeichneten als "Churfürstlich Brandenburgische und Gräflich Schwarzenbergische Räthe"[2].

Erst die Entmachtung Schwarzenbergs und die Gründung eines stehenden Heeres im Jahre 1644 schufen die Voraussetzungen für den bis zur Regierung Friedrich Wilhelms I. dauernden, im Ergebnis siegreichen Machtkampf mit den Ständen.

Der Staatsbegriff des Großen Kurfürsten trägt die der Wirklichkeit des damaligen Staatslebens eigenen patrimonialen Züge. Diese Auffassung kommt schon in den ersten Jahren seiner Regierung zum Ausdruck. So schreibt er am 7. Dezember 1645 an die clevischen Stände: "daß nun S.Ch.D. bei solchem des reiches zerrütteten und zweifelhaften Zustande ... Ihre Hohe Churfürstliche Reputation und ganzen Staat in Verachtung und Hazard setzen sollten, das werden Ihr hoffentlich Dero getreue Stände selbst nicht rathen noch gut finden können"[3].

Dieselbe Einstellung begegnet uns in einer "väterlichen Ermahnung an meine Söhne" aus dem Jahre 1667[4]. In seinem

---

1) So Feine, Verfassungsgeschichte, S. 31.

2) Vgl. Hans Heyck, Brandenburgs Aufstieg zur Macht, Urkundliche Zeugnisse, Briefe, Berichte aus den Tagen und von den Taten des Großen Kurfürsten, Ebenhausen 1939, S. 16.

3) Haeften, a.a.O., S. 253.

4) Vgl. Heyck, Urkundliche Zeugnisse, S. 14: "Denn ich hätte mich glücklich geschätzt, wenn mir von meinem Herrn Vater soviel wie ich Euch von Eurem Staat hierin Nachricht gebe, meiner Wissenschaft hinterlassen worden wäre".

Testament vom 19. Mai 1667 gibt Friedrich Wilhelm seinem Nachfolger Verhaltensmaßregeln für den Fall eines Angriffs: "Die wapffen alsovordt ergreiffen und Euch in gutter verfassung stellen undt alsdann gutte conditiones für Euch und Eweren Staadt machen"[1].

Auch die Stände sprechen in einer Eingabe vom 8. 1. 1641 an den Kurfürsten vom Vaterland und den Untertanen, "dorin Ew. Ch. D. Staat beruhet"[2], und selbst Schwarzenberg erwähnt in einem Schreiben an die Stände vom 25. Dezember 1640 "S.Ch.D. und Dero Stat"[3]. Folglich sehen sich auch die Beamten nicht als Staats- oder Landes-, sondern als Fürstendiener[4].

Bei Höhn[5] finden wir den Nachweis, daß der Staat für den Kurfürsten der Machtapparat ist, mit dem er die zentrifugalen Kräfte der verschiedenen Landesteile zu bändigen sucht und den er in seinem mit wechselndem Erfolg geführten Kampf gegen die Stände laufend einsetzt.

Souverän ist nicht der Staat oder das Volk, sondern der Herrscher selbst. Seine unabhängige Stellung hat der Kurfürst im Haag im Dezember 1646 damit umschrieben: "daß ein Fürst unabhängig von seinen Räten auf eigenen Füßen stehend sich nur auf sich selbst verlassen müsse"[6].

---

1) Vgl. Georg Küntzel und Martin Haas, Die politischen Testamente der Hohenzollern, Leipzig/Berlin 1911, S.51.

2) Zitiert bei Siegfried Isaacsohn, Urkunden und Actenstücke zur Geschichte des Kurfürsten Friedrich Wilhelm von Brandenburg, Ständische Verhandlungen, 2. Bd., Berlin 1880, S. 92.

3) Vgl. Isaacsohn, a.a.O., S. 55.

4) Vgl. Isaacsohn, a.a.O., S. 219 und das dort zitierte Schreiben des Landeshauptmanns Hempo van dem Knesebeck vom 14. 9. 1652: "Ich erfahre mit sonderbarer Bestürzung, daß E.Ch.D. über mein, als Dero geringsten jedoch treuen Diener ...".

5) Höhn, Der individualistische Staatsbegriff, S. 96 ff.

6) Vgl. Haeften, a.a.O., S. 107; vgl. auch Küntzel und

Schon Erdmannsdörfer[1] hat nachgewiesen, daß sich beim Kurfürsten die Souveränität mit einer Kollektivfunktion verbindet, die nicht erst in jenem vielzitierten Satz zum Ausdruck kam, den er seinen Söhnen zum Auswendiglernen diktierte: "Sic gesturus sum principatum, ut rem populi esse sciam, non meam privatam"[2]. Bereits im Jahre 1644 legte er ein Bekenntnis für die Gerechtigkeit ab mit der Devise: "Große Herren thun wol sich zu befleißen, den Armen als den Reichen Recht zu leisten"[3].

Diese Haltung ergibt sich folgerichtig aus seiner religiösen Auffassung des Fürstenamtes. Der Regent solle Gott anrufen "auch umb gnedigen beistandt solche schwere Regirungslast, zu seines hohen Nahmens Ehre, Anvertrautten Landen und Leutten zum besten also zu dirigiren"[4].

Friedrich Wilhelm von Brandenburg ist also, ganz den Vorstellungen in der absoluten Zeit gemäß, Vertreter des souveränen Fürstenstaates. Die bei ihm feststellbaren Kollektivfunktionen deuten jedoch bereits die Entwicklung zum späteren aufgeklärten Absolutismus Friedrichs des Großen an.

Haas, Testamente, S. 52: "Nachdem nun der höchste Gott Mir die große Gnade erwiesen, das Ich nach so beschwerlichem und kostbahrem Kriege die Souverenitet erstritten und erhalten ...".

1) a.a.O., S. 95; vgl. auch Höhn, a.a.O., S. 103.

2) Hintze, a.a.O., S. 201; vgl. auch das bei Haeften, a.a.O., S. 205 angeführte Schreiben des Kurfürsten vom 8. Mai 1643 an die Regierung von Cleve.

3) Erdmannsdörfer, a.a.O., S. 95/96.

4) Vgl. Küntzel und Haas, Testamente, S. 42.

b) Friedrich Wilhelm I.

Unter Friedrich Wilhelm I. ist Preußen zu einem Modellfall für den absoluten Staat geworden. Unter seiner Regierung erleben wir den letzten Akt eines fast hundertjährigen Kampfes gegen die Stände, dessen vereinzeltes Aufflackern gegen die Reformen des Königs über einen passiven Widerstand nicht hinausgelangt[1].

Ein Beispiel mag dies verdeutlichen:
Als die clevisch-märkischen Stände sich im Herbst 1713 versammeln wollten, um darüber zu beraten, ob die Provinz die angeforderten Steuern aufbringen könne, verbot der König den Zusammentritt des Landtages und erlaubte nur die Beratung einiger Deputierter über die Regierungsvorlage. Als diese es jedoch wagten, 48.000 Taler zu streichen, wurde ihre Versammlung sofort geschlossen, die Steuer durch eine königliche Verordnung ausgeschrieben und die "dem Lande kostspieligen Versammlungen" verboten[2].

An seinem Staatsbegriff hat sich gegenüber dem Großen Kurfürsten wenig geändert. Der Staat ist ihm in erster Linie Apparat zur Durchsetzung seiner machtpolitischen Ziele und, so bemerkt Schnabel[3]: "Die Staatsmaschine funktionierte".

So heißt es etwa in dem Eid, den die wirklichen Geheimräte schwören müssen: "Sr. königl. Majestät und Dero Etats Bestes alleine darunter vor Augen was solchergestalt zu

---

1) Vgl. Hintze, Die Hohenzollern und ihr Werk, S. 280.

2) Vgl. Friedrich von Oppeln-Bronikowski, Der Baumeister des preußischen Staates, Friedrich Wilhelm I., Jena 1934, S. 79.

3) Franz Schnabel, Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert, Bd. 1, S. 96.

meiner Wissenschaft kömbt oder ich sonst in andere Wege vernehme so seiner königl. höchste Person, Majestät Etat und Interesse concerniret, Deroselben allsofort und ohne einzige Verzögerung eröffnen"[1].

Am trefflichsten läßt sich die Gleichsetzung von Fürst und Staat aus der Stellung der Beamten ablesen. Sie sind Diener des Königs. Friedrich Wilhelms I. Dienstauffassung kennzeichnet folgender Ausspruch: "Man muß dem Herrn mit Leib und Leben, mit Hab und Gut, mit Ehr und Gewissen dienen und alles daran setzen, als die Seligkeit; die ist vor Gott aber alles das andere muß mein sein"[2].

Diese Einstellung kommt besonders deutlich in seinen Vorstellungen zu dem Bericht des Generalfinanzdirektoriums vom 3. 11. 1714 zum Ausdruck, wo es heißt: "Ich habe Commando bei meiner Armee und soll nit Commando haben bey die 1000 cacramentze Blakisten so müßte ich ein Hundsfott sein, wen ich das litte, ich bin Herr und die Herren sein meine Diener"[3].

Seine souveräne Stellung umreißt Friedrich Wilhelm I. selbst mit dem berühmten Spruch: "Ich stabilisiere die Souverenitet und setze die Krohne fest wie ein Rocher von Bronce"[4].

---

1) Acta Borussia, Die Behördenorganisation und die allgemeine Staatsverwaltung Preußens im 18. Jahrhundert, Berlin 1894, Bd. 1, S. 325.

2) Zitiert bei Hintze, a.a.O., S. 320 und Erdmannsdörfer, a.a.O., S. 484.

3) Acta Borussia, 2. Bd., Berlin 1898, S. 132.

4) Vgl. Bornhak, Preußisches Staatsrecht, Bd. 1, 2. Aufl., Breslau 1911, S. 25; Friedrich Wilhelm I. hatte ohne Mitwirkung der Stände das Kontributionswesen des flachen Landes neu geregelt und hierbei gesetzlich fest bestimmte Staatssteuern eingeführt. Auf den Einspruch der preußischen Stände erging 1717 der oben genannte Ausspruch.

Trotz dieser starken Betonung der Souveränität tritt auch bei ihm die Kollektivfunktion deutlich hervor[1]. In einem Erlaß vom 23. August 1739 an die clevische Regierung schreibt er: "... wie nun von Anfang an Unsere Regierung das wahre Wohlsein Unserer getreuen Unterthanen und deren Beförderung unsere einzige Absicht gewesen"[2].

Bei Friedrich Wilhelm I. zeigen sich auch bereits Ansätze zur Auffassung vom Staat als juristischer Person. Wenn die bisherige Unterscheidung zwischen dem Domänen- und dem königlichen Privatbesitz - der Chatoulle - aufgehoben wurde, so war damit ausgesprochen, daß die Gesamtheit des unveräußerlichen Kronvermögen nicht Privatbesitz, sondern Staatsgut war[3].

Der König konnte aber die Höhe der zu seiner persönlichen Verfügung stehenden Mittel frei bestimmen. Im Rahmen der Errichtung eines überregionalen Beamtenapparats, eines - der Sache nach! - Staatsbeamtentums, setzte er sich selbst zum Präsidenten des Generaldirektoriums, des obersten Verwaltungsorgans ein[4].

Damit ist ausgesprochen, daß er, der absolute Herrscher, sich doch zugleich als preußischer Staatsbeamter an der Spitze des gesamten Beamtentums stehend betrachtet, ebenso arbeitspflichtig und verantwortlich an höchster Stelle, wie jeder Minister und jeder Torschreiber an der seinen[5].

---

1) Vgl. Höhn, a.a.O., S. 108 ff. und die dort aufgeführten Nachweise.

2) Acta Borussia, 2. Bd., S. 38/39.

3) Vgl. Erdmannsdörfer, a.a.O., S. 485.

4) Vgl. Bornhak, Geschichte des preußischen Verwaltungsrechts, 2. Bd., Berlin 1885, S. 4.

5) Vgl. Erdmannsdörfer, a.a.O., S. 495.

Der Staat wird damit insoweit schon als eigene Größe empfunden[1]. Es wäre eine Verkennung der Gegebenheiten, wollte man annehmen, eine machtvolle Persönlichkeit wie Friedrich Wilhelm I. habe Verantwortung nur gegenüber einem Verwaltungsapparat empfunden.

c) Friedrich der Große

Bei Friedrich dem Großen begegnet uns ein neuer Staatsbegriff, der vor allem in seinen Jugendwerken "Antimachiavel" und "Considérations", zum Teil auch im Testament von 1752 niedergelegt ist. Wir finden hier die bedeutsame Unterscheidung zwischen König und Staat.

Der Herrscher ist nicht der absolute Herrscher der Völker, die unter seiner Herrschaft stehen, er ist selbst nichts anderes als ihr erster Diener[2].

Im "Testament politique" von 1752 heißt es: "Chargé comme je le suis de la première magistrature"[3]. An einer anderen Stelle des Testaments spricht er von der "pension, que je retire de l'Etat"[4].

Indem Friedrich sich selbst wiederholt als den ersten Diener oder Beamten des Staates bezeichnet, gibt er als der erste Fürst der Weltgeschichte dem modernen Gedanken Ausdruck, daß der Monarch ein Organ der über ihm stehenden Staatspersönlichkeit sei[5]. Naturrechtliche Ideen im Ge-

---

1) Zum selben Ergebnis kommt Höhn, a.a.O., S. 111, allerdings mit anderer Begründung.

2) "Le souverain bien loin d'être le Maître absolu des peuples, qui sont sous sa domination, n'est que le premier magistrat!" Zitiert bei Gustav Mendelssohn-Bartholdy, Friedrich der Große in seinen Briefen und Erlassen, Ebenhausen 1932, S. 86. Der Ausspruch stammt aus Antimachiavel, Oeuvres Bd. VII, p. 66.

3) Küntzel-Haas, Testamente, Bd. 2, S. 1.

4) a.a.O., S. 15.

5) So Hintze, a.a.O., S. 400; vgl. auch Höhn, a.a.O.,S.117 ff.

wande der Aufklärungsphilosophie bilden die staatsphilosophische Grundlage für diesen Staatsbegriff. Nicht auf göttlichem Recht, wie bei Friedrich Wilhelm I., sondern auf einem Gesellschaftsvertrag beruht die königliche Gewalt[1]. Die Völker haben sich dem Herrscher nur unterworfen, um von ihm beschützt zu werden[2].

Diese Leitsätze des aufgeklärten Absolutismus finden ihren Ursprung nicht bei Rousseau, dessen "Contrat social" ja erst 1762 erschien, sondern bei John Locke[3]. Somit stand Friedrich zunächst der Theorie vom Unterwerfungsvertrag, bei welchem ja die Majorität den Ausschlag gab, positiv gegenüber.

Gegen Ende seiner Regierungszeit aber weicht sein jugendlicher Idealismus einer pessimistischen Einstellung zum Menschen. Schrieb er schon 1760 an Voltaire, daß "auf zwei Leute von Geist tausend Dummköpfe kommen"[4], so gibt er in einem Brief an d'Alembert aus dem Jahre 1782 seiner Geringschätzung über den praktischen Wert der Vertragstheorie unverblümt Ausdruck[5]. Den Staat der Unzulänglichkeit der Masse auszuliefern, scheint ihm nicht das rechte Mittel zu sein.

---

1) Vgl. Wilhelm Dilthey, Studien zur Geschichte des deutschen Geistes, Das 18. Jahrhundert und die geschichtliche Welt, 3. Bd., Leipzig/Berlin 1927, S. 182 sowie Hintze, l.c. S. 400.

2) Vgl. Antimachiavel, Oeuvres, Bd. VII p. 66, zitiert bei Mendelssohn-Bartholdy, a.a.O., S. 86.

3) Stephan Schindele, Friedrich der Große, in Festschrift für Georg Freiherr von Hertling, Freiburg/Breisgau 1913, S. 291.

4) Vgl. Schindele, a.a.O., S. 293.

5) "Le grand nombre d'imbéciles doit donc probablément prévaloir sur le petit nombre de ceux qui pensent et qui savent faire usage de leur raison", zitiert bei Schindele, a.a.O.

Wie ein roter Faden zieht sich durch das literarische Werk Friedrichs II. sein Bemühen, die Erörterung der politischen und historischen Erscheinungen in Beziehung zur Wirklichkeit zu setzen. Eine Auseinandersetzung mit den Gedanken Machiavelli's zeigt seinen Blick für die Untrennbarkeit von Politik und Macht. Resigniert gelangt er zu der Feststellung, daß im Bereich der Macht Ehrgeiz, gleich welcher Couleur, der "puissance désinteressé" überlegen ist[1]. Diese Erkenntnis hat bei Friedrich in jenem Staatsbegriff, dem schon seine Vorgänger anhingen, Ausdruck gefunden, dem Staatsbegriff des souveränen Fürstenstaates.

Der König - nicht der Staat - erteilt Befehle. In einem Kabinettschreiben an die pommersche Kammer vom 2. 1. 1746 befiehlt er den Bau des Finowkanals: "Se. königl. Majestät befehlen und erinnern Dero Pommersche Krieges- und Domainenkammer hierdurch so gnädig als allen Ernstes ..."[2]. In einem Kabinettschreiben an das Generaldirektorium in Pommern vom 23. 9. 1750 heißt es: "Sie (Se. königl. Majestät, d. Verf.) befehlen dannenhero auch Dero Generaldirektorio hierdurch von der großen Nonchalance hierunter sich einmahl aufzumuntern und, wie Höchstdieselbe so ofte befohlen, in Sachen, so Dero Dienst betreffen, mehrere Vigilance zu haben"[3].

---

1) Vgl. Georg Küntzel, Testament politique vom 1752, zitiert bei Küntzel-Haas, Testamente, S. 47: "Machiavel dit, qu'une puissance désinteressé, qui se trouverait parmi des puissances ambitieuses, ne manquerait pas de périr enfin. J'en suis bien fâché mais je suis obligé d'avouer que Machiavel a raison. Il faut nécessairement aux princes de l'ambition, mais il faut qu'elle soit sage, mesurée et éclairée par la raison".

2) Vgl. Gustav Mendelssohn-Bartholdy, Friedrich der Große, S. 171.

3) Mendelssohn-Bartholdy, a.a.O., S. 200.

Die Minister sind Beamte des Königs[1], nicht des Staates. Der König straft auch die Beamten, die es am erforderlichen Umgang mit den "Untertanen" fehlen lassen[2]. Die Beispiele ließen sich beliebig vermehren.

Im Sinne des aufgeklärten Absolutismus verbindet sich bei Friedrich mehr noch als bei seinen Vorgängern die uneingeschränkte Machtausübung mit dem Ziel einer humanen Gestaltung des menschlichen Zusammenlebens. "Zwei Triebfedern", so schreibt er am 3. 7. 1761 an William Pitt d.Ä.[3], "bestimmen mein Handeln; die eine ist das Ehrgefühl, die andere das Wohl des Staates, den der Himmel mir zum Regieren gegeben hat". Der Staat ist zugleich Wohlfahrtsstaat. Das Interesse der Obrigkeit muß zusammenfallen mit dem Wohl des Ganzen[4].

Die von Friedrich II. bevorzugte Regierungsform kann nach alledem nur die monarchische sein. Im Bereich des gouvernement, wo die Regeln praktischer Politik die bestimmen-

---

1) Vgl. das Schreiben an Minister von Podewils vom 16.6. 1741, zitiert bei Mendelssohn-Bartholdy, a.a.O., S.120: "Machen Sie Ihre groben Fehler nicht wieder gut, so sollen Sie wissen, daß es noch genug Festungen in meinem Staate gibt, um die Minister darin unterzubringen, die gegen den Willen ihres Herrn handeln".

2) Kabinettschreiben an das Generaldirektorium Potsdam vom 7. August 1742: "... sämtliche Beamte erinnern zu lassen, mit denen Untertanen christlich umzugehen, widrigenfalls S. königl. Majestät ... ein rigoureuses Exempel an solchen statuiren lassen werden", zitiert bei Mendelssohn-Bartholdy, a.a.O., S. 131.

3) Vgl. Mendelssohn-Bartholdy, a.a.O., S. 327.

4) Vgl. Dilthey, Studien zur Geschichte, S. 182; Hintze, a.a.O., S. 400; Höhn, a.a.O., S. 118.

den Faktoren sind, verkörpert der Monarch das eigentliche Ordnungsprinzip. "Mais il est nécessaire que le prince gouverne par lui-même, l'intérieur de son état, combien plus l'est-il, qu'il dirige sa politique lui-même, qu'il fasse les alliances qui lui conviennent"[1].

Die Gewaltentrennung erscheint ihm gekünstelt und in Widerspruch stehend mit dem Postulat einer starken monarchischen Spitze[2]. Die Schwächen der absoluten Monarchie werden nicht verkannt. Sie kann die beste, aber auch die schlechteste der Regierungsformen sein. Letztlich hängt dies davon ab, wie die Macht ausgeübt wird. "Pour le gouvernement vraiment despotique il est le pire ou le meilleur de tous, selon qu'il est administré"[3].

Zusammengefaßt ist festzuhalten:
Friedrichs des Großen Auffassung vom Staat ist eine zwiespältige. Vom philosophischen Ansatz her können wir starke Tendenzen zu einer Auffassung des Staates als selbständiger Persönlichkeit feststellen. Patrimoniale Vorstellungen von einem Eigentumsrecht des Monarchen am Staat werden überwunden. Der Staat ist das dem Monarchen übergeordnete Subjekt, dem er dient. Mit Prott[4] ist festzustellen, daß der Staat für Friedrich II. noch nicht Rechtspersönlichkeit war, sondern geschichtlich-politische Persönlichkeit. Dagegen wird dort der Staat zum Objekt, zum Apparat, wo Machtfragen, wo die Staatsraison eine entscheidende Rolle spielen. Der angedeutete Widerspruch ist ungelöst geblieben.[5]

---

1) Testament politique vom 1752, zitiert bei Küntzel-Haas, a.a.O., S. 40.

2) Vgl. Jürgen von Prott, Staat und Volk in den Schriften Friedrichs des Großen, Berlin 1937, S. 44 ff.; Dilthey, a.a.O., S. 182.

3) Oeuvres posthumes de Fréderic II. Bd. VII, Essai sur les formes des gouvernements et sur les devoirs des souverains, Berlin 1778, S. 63.

4) Prott, a.a.O., S. 43.

5) So im ganzen auch W.Hubatsch, Das Problem der Staatsraison bei Friedrich dem Großen, Berlin/Frankfurt 1956.

2. Das monarchische Verordnungsrecht

a) Das Verordnungsrecht des Deutschen Reiches (bis 1806)

Der entscheidende Eingriff in die kaiserlichen Machtbefugnisse war schon durch die Wahlkapitulationen (1519) herbeigeführt worden[1]. Danach war der Kaiser verpflichtet, das Reich nach den bestehenden Gesetzen zu regieren und für alle wichtigen Regierungshandlungen die Zustimmung der Kurfürsten oder der gesamten Reichsstände einzuholen. Infolge der Wahlkapitulationen schrumpft die einstmalige plenitudo potestatis zu etlichen Reservatsrechten (iura caesarea reservata) zusammen, bei deren Ausübung der Kaiser vom Reichstag unabhängig ist. Diese Reservatsrechte werden dem Bereich des königlichen Verordnungsrechts zugerechnet[2]. Von Bedeutung sind hier nur die oberste Reichsgerichtsbarkeit[3], die Möglichkeit der Verhängung der Reichsacht, das Recht zur Erteilung verschiedenartiger Privilegien sowie das Vertretungsrecht des Reiches nach außen. Bei der Ausübung gewisser Reservatsrechte (iura reservata limitata) wie der Erteilung von Münz-, Zoll- und Stapelgerechtigkeiten ist der Kaiser wieder an die Mitwirkung der Fürsten gebunden[4].

---

1) Die Kurfürsten gaben ihre Stimme in der Wahl vom 28. Juni 1619 Karl V. Zum ersten Mal wurden bei dieser Wahl dem Kandidaten Karl sog. Wahlkapitulationen auferlegt, die in der Folgezeit jeder Kaiser beschwören mußte, wobei die alten Bedingungen wiederholt, zum Teil sogar verschärft wurden. Vgl. Fritz Hartung, Deutsche Verfassungsgeschichte vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart, S. 44/45; Forsthoff, Verfassungsgeschichte, S. 17.

2) Vgl. G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 102; Gneist, Rechtsstaat, S. 66.

3) Vgl. Schnabel, Deutsche Geschichte, 1. Bd., S. 89/90: "Der Kaiser rettete seine obrigkeitliche Gewalt nur in der Rechtsprechung des ganz von ihm abhängigen Reichshofrats."

4) Vgl. hierzu im einzelnen H. Brunner, Grundzüge, S. 279; Fehr, a.a.O., S. 194.

So ist auch das Verordnungsrecht des Kaisers von der geschichtlichen Entwicklung nicht unbeeinflußt geblieben. Die dem Kaiser früher zugesprochene gesetzgebende Gewalt in Form eines Verordnungsrechts mit Zustimmung der Stände, bei welchen die Fürsten zunächst nur eine Beraterfunktion ausgeübt hatten, wandelt sich im ausgehenden Mittelalter unter dem Wechsel der realen Machtverhältnisse zu einem Mitregierungsrecht der Stände. Die Ausübung kaiserlichen Verordnungsrechts wird auf das allerdürftigste beschränkt[1].

Seit dem 15. Jahrhundert ist die noch übriggebliebene Regierungsgewalt des Kaisers so überwachsen von einer umfassenden und spezialisierten Reichsgesetzgebung, daß für die Ausübung kaiserlichen Verordnungsrechts nur ein geringes Gebiet übrigbleibt[2]. Am stärksten ausgeprägt ist noch das Polizeiverordnungsrecht, das zu Anfang des 15. Jahrhunderts die Gesamtaufgaben der Obrigkeit nach der damaligen Auffassung, "für gute Ordnung und gemeinen Wohlstand zu sorgen" in sich aufnimmt[3]. Diese Verordnungen, die sich beispielsweise mit der Aufrechterhaltung des Landfriedens, dem Verbot des Bettels, der Fürsorge der bürgerlichen Wohlfahrt und Sitte, der Münzordnung, dem Verbot des Fluchens, Schwörens, des übermäßigen Trinkens und Zutrinkens oder des leichtfertigen Singens und Springens befassen, erscheinen dem Stil nach als kaiserliche Gebote[4].

---

1) Vgl. Gneist, Rechtsstaat, S. 66-68; für die Teilung der Reichsgewalt zwischen Kaiser und Reichsständen am Beispiel der Tätigkeit der Gerichte, vgl. Gneist, a.a.O., S. 70.

2) Gneist, Art. Verordnungsrecht in Holtzendorffs Rechtslexikon, 3. Bd. Teil 2, S. 1061.

3) Gneist, Rechtsstaat, S. 71.

4) Gneist, a.a.O., S. 72.

Bei diesen kaiserlichen Geboten ist zweierlei zu unterscheiden: der Erlaß und die Wirksamkeit. Der Erlaß solcher Verordnungen wurzelt in der Autorität des Königsbannes und liegt in der Kompetenz des Kaisers als obersten Richters und Friedensbewahrers. Dagegen ist die Wirksamkeit derartiger kaiserlicher Anordnungen von der Mitwirkung der Stände abhängig[1]. Sie erscheinen als Verordnungen mit Zustimmung der Reichsstände, d.h. nach der Verfassung als Gesetze, wenn auch in der Publikationsform diese Zustimmung nicht erwähnt wird[2].

Als zur Zeit der Reformation die Reichsstände immer mächtiger werden, verkümmert die Verordnungsgewalt des Kaisers zusehends[3]. Die Ständekollegien gehen dazu über, den Kaiser zu ersuchen, entsprechende, d.h. ihnen genehme "Mandate und Edikte" zu erlassen[4]. Die durch die Autonomie der Reichsstände bedingte Schwäche des Reiches wird deutlich durch die in den Polizeiordnungen enthaltene Verfügung an die Reichsstände, "in ihren Landen und Gebieten die nötigen Verfügungen zu tun" und dementsprechende "Satzungen zu machen"[5].

---

1) Vgl. Gneist, Rechtsstaat, S. 74.

2) Gneist, a.a.O.

3) So G. Jellinek, a.a.O., S. 101: "Ein Verordnungsrecht des Kaisers ist nur in allerdürftigstem Umfang vorhanden".

4) Selbst einseitige Verordnungen des Kaisers wie das Mandat Maximilians II. gegen Handwerksmißbräuche vom 18. März 1571 stehen in Übereinstimmung mit vorangegangenen Beschlüssen des Reichstages, vgl. Gneist, a.a.O.

5) Dies wird den Ständen deshalb anheimgestellt, weil, wie Gneist, a.a.O., ausführt, "wegen dem Unterschied der Lande, Gebräuche, Waren und anderer Umstände eine allgemeine durchgehende Spezialsatzung schwerlich würde statthaben können".

Dieses Verordnungsrecht fassen die Reichsstände als selbstverständlichen Teil ihrer Gerichts- und Polizeiobrigkeit auf. Wenn Gneist[1] hierzu ausführt, dieses Verordnungsrecht weise auf das ursprüngliche Verordnungsrecht des Kaisers zurück, aus welchem es rechtlich abgeleitet sei, so läßt sich das in dieser Allgemeinheit nicht sagen. Eine Delegation der Verordnungsgewalt auf die Stände, und das meinte Gneist doch wohl mit seiner Schlußfolgerung, war nur hinsichtlich des Erlasses der Verordnung erforderlich. Richtig an der Ansicht Gneist's ist aber, daß die landesrechtliche Institution der Verordnung ohne das Voraufgehen der reichsrechtlichen nicht historisch ableitbar ist.

Die Wirksamkeit der Verordnung hing dagegen, wie schon oben ausgeführt, sowieso von der Zustimmung der Stände ab, war also deren eigenes Recht.

So erweist sich das Verordnungsrecht zwangsläufig im engsten Kontakt mit der Wirklichkeit als ein Spiegelbild der territorialen Zerrissenheit des deutschen Reiches. Als es Ende des 18. Jahrhunderts seiner Auflösung entgegenging, bestand es aus 314 reichsständischen Territorien und 1475 Reichsrittern, also 1789 selbständigen Obrigkeiten[2].

b) Das territorialstaatliche Verordnungsrecht am Beispiel Preußens bis 1848

Stetig und unaufhaltsam zeichnet sich wie in allen europäischen Staaten so auch im Deutschland des 15. Jahrhunderts eine Überwindung des Lehnswesens ab. Das aus dem Feudalismus entstandene Landesfürstentum wird Erbe der Kaisermacht[3]. Das sinkende Kaisertum ist nicht in der

1) Gneist, a.a.O., S. 75.

2) Vgl. Schnabel, Deutsche Geschichte, Bd. 1, S. 83/84.

3) Nach Schnabel, a.a.O., S. 82 kennt die deutsche Geschichte keine Tatsache von größerem Gewicht.

Lage, die durch Glaubenskämpfe und verschiedene Interessen gespaltene Gesellschaft zu einer höheren Einheit zu verbinden.

Der Schwerpunkt der politischen Entwicklung verlagert sich in die Territorien und führt dort zur Ausbildung der absoluten Staatsform. Zunächst kommt es jedoch noch nicht zu einer uneingeschränkten Staatsgewalt der Landesherren. Eine etwa eineinhalb Jahrhunderte umfassende Übergangszeit bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts ist gekennzeichnet durch den Kampf der Landesherren gegen die Stände[1].

Bereits der ewaige Landfriede (1495) hatte durch Beseitigung des Fehderechts den Ständen das Recht der Selbsthilfe entzogen. Als Machtmittel bleibt ihnen nur noch ihr Steuerbewilligungsrecht. Die Lehnsmiliz wird vom miles perpetuus, von stehenden Heeren abgelöst[2]. Außerdem nimmt in den Territorialstaaten, insbesondere in Preußen, ein wohlorganisiertes Beamtentum den uneinigen Landständen die Verwaltung aus der Hand, wobei es sich allmählich deren Befugnisse aneignet. Diese Entwicklung verläuft jedoch nicht in allen Territorien gleichmäßig.

Die Mitwirkung der Landstände ist auf den Grundsatz zurückzuführen, daß zur Abänderung des hergebrachten Landesrechts der "consensus meliorum terrae", d.h. der Landstände einzuholen ist[3]. Die Gesetze erscheinen als Verordnungen des Landesherrn mit Zustimmung der Landstände.

Während es in der Mehrzahl der kleineren Territorien zur Bildung von Landständen überhaupt nicht gekommen war, die Verordnungen des Landesherrn damit zwangsläufig ohne deren

---

1) Vgl. Fehr, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 205/206.

2) Vgl. Hermann Schulze, Preußisches Staatsrecht, 2. Bd., Leipzig 1877, S. 109 ff.

3) Vgl. Gneist, Rechtsstaat, S. 107.

Zustimmung ergingen[1], ist gerade in Mark, Jülich, Berg und Cleve sowie in der Mark Brandenburg ein erheblicher Einfluß der Stände festzustellen[2]. Der Große Kurfürst hat mir einschneidenden Reformen in der Finanz- und Heeresverwaltung die Macht der Stände entscheidend zu schwächen vermocht[3], so daß Friedrich Wilhelm I. die Steuerverwaltung schon kurz nach seinem Regierungsantritt den unter ständischen Einfluß stehenden Behörden vollends entziehen konnte und den unbedingt vom König abhängigen Kommissariaten übertrug[4]. Im Jahre 1723 errichtete er das Generaldirektorium zur Zentralisation der Finanz- und Heeresverwaltung. Die neuen Behörden waren sehr bald von dem Geist durchdrungen, "nichts mehr und nichts weniger zu sein, als die ausführenden Organe des königlichen Willens"[5].

Seit der Zeit Friedrich Wilhelms I. ist von einer Berufung der Stände, abgesehen von Huldigungslandtagen, nicht mehr die Rede[6]. Ihre Zustimmung zu monarchischen Verordnungen ist rein deklaratorisch[7]. Damit gehen sowohl die

---

1) Gneist, a.a.O.

2) Fehr, a.a.O., S. 206.

3) Vgl. Ludwig von Rönne, Staatsrecht der preußischen Monarchie, Bd. 1, 3. Aufl., Leipzig 1881, S. 11.

4) Vgl. Conrad Bornhak, Preußisches Staatsrecht, 2. Aufl., Bd. 1, Breslau 1911, S. 25.

5) So Bornhak, a.a.O., S. 27; vgl. auch Rönne, a.a.O.; mitursächlich für diese Vernichtung ständischer Rechte ist auch der Wegfall des Selbstversammlungsrechts der Stände. Das Recht zur Mitbestimmung der Landtage wird vom Landesherrn usurpiert. Seit 1653 ist in der Mark Brandenburg kein allgemeiner Landtag mehr zusammengetreten, vgl. hierzu Schulze, Preußisches Staatsrecht, S. 122.

6) Rönne, a.a.O., S. 11/12.

7) "Die Landstände seynd, wie ich schon anderwärts erinnert habe, keine Corregenten, sondern der Landesherr allein ist der regierende Herr", Johann Jakob Moser, Von der Landeshoheit in Regierungssachen, Frankfurt/Leipzig 1772, S. 17.

grundsätzlichen Anordnungen als auch die Ausführungsbestimmungen vom Landesherrn oder, in seinem Auftrag, von den Behörden aus. Die Grenzen zwischen Gesetz und Verordnung sind verwischt[1]. Der Wille des Landesherrn entscheidet darüber, ob seine allgemeinen Erlasse nur die einfache Wirkung einer Verordnung oder die höhere rechtsabändernde, für die Gerichtsurteile maßgebende Kraft eines Gesetzes haben sollen[2].

Versuche Gneists und G. Jellineks, im Wege der rein formalen Abgrenzung aus der für die landesherrlichen Verordnungen gebräuchlichen Bezeichnung Edikt, Mandat, Publicandum, Patent, Konstitution, Diplom, Ordnung, Hofdekret, Cabinetsordre etc. Rückschlüsse auf den materiellen Gesetzes- resp. Nichtgesetzesgehalt der Verordnungen zu schließen[3], vermögen nicht zu überzeugen.

Bei Bornhak[4] findet sich der Nachweis, daß sich hier kein fester Sprachgebrauch einbürgern konnte, daß vielmehr ein willkürlicher Wechsel in der Bezeichnung festzustellen ist, ohne daß die Gültigkeit oder Verbindlichkeit eines Gesetzes von der gebrauchten Benennung abhinge.

Die Rechtsprechung bildet keine Schranke der königlichen Gewalt. Beamtete Richter, an den maßgebenden Stellen vom

---

1) Vgl. G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 106/107; Gneist, Rechtsstaat, S. 107; Bornhak, Preußische Staats- und Rechtsgeschichte, Berlin 1903, S. 203: "Die gesamte Staatsgewalt ist nicht nur dem Rechte, sondern auch der Ausübung nach in seiner Person (des Landesherrn, d.Verf.) vereinigt".

2) Gneist, Art. Verordnungsrecht, S. 1062.

3) Gneist, a.a.O., S. 1062 sowie in Rechtsstaat, S. 108; G. Jellinek, a.a.O., S. 107.

4) Bornhak, Preußisches Staatsrecht, S. 89/90, in diesem Sinne auch Rönne, Preußisches Staatsrecht, Bd. 1, S. 366. Gneist selbst hat offenbar Bedenken, wenn er, a.a.O. ausführt: "Daß dabei manches Schwankende und Willkürliche in der Abgrenzung vorkam, lag im Wesen

Landesherrn selbst ernannt, konnten dessen legislatorischen Willen die Anerkennung nicht versagen.

Eine inhaltliche Begrenzung im Sinne des materiellen Gesetzesbegriffs wäre denkbar, hatte sich doch der alte germanische materielle Gesetzesbegriff in der Volksüberzeugung bis in die Zeit des Absolutismus gehalten[1]. Allein, was bedeutet dies, wenn, wie auch Bornhak einräumt[2], die ständische Mitwirkung bei Veränderungen des Rechtszustandes zu einer bloßen Machtfrage geworden war.

Erst ein Patent Friedrichs II. vom 29. Mai 1781, betreffend die Einrichtung einer Gesetzeskommission, bringt eine positivrechtlich feststellbare materielle Unterscheidung von Gesetz und Verordnung[3]. Danach soll jede neue Verordnung, welche nicht bloß die Staatswirtschaft und Finanzverwaltung betrifft, vor ihrem Erlaß der Gesetzeskommission zur Begutachtung vorgelegt und keinem Edikt oder Rescript, welches nicht nach vorheriger Einforderung dieses Gutachtens zur königlichen Vollziehung gebracht worden war, Gesetzeskraft beigelegt werden[4]. Das Allgemeine Preußische Landrecht (1794) hat in § 7 der Einleitung noch genauer festgehalten, daß diejenigen Rechtsnormen, durch welche die besonderen Rechte und Pflichten der Bürger bestimmt, oder die gemeinen Rechte abgeändert,

---

des Absolutismus, der jederzeit fehlende Formalien nachholen und jedenfalls den Willen des Landesherrn den Behörden gegenüber durchsetzen konnte".

1) Bornhak, Preußisches Staatsrecht, S. 510; ebenso ohne nähere Begründung G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 107.

2) Bornhak, a.a.O., S. 509/510.

3) Bornhak, Preußische Staats- und Rechtsgeschichte, S. 204; ders. in Preußisches Staatsrecht, S. 133.

4) Nach der Vorschrift dieses Patents war die Einholung des Gutachtens der Gesetzeskommission ein wesentliches Formerfordernis für die Gültigkeit der Verordnung.

ergänzt oder erklärt werden sollten, vor der Vollziehung der Gesetzeskommission zur Prüfung vorgelegt werden mußten[1].

Das letzte Drittel des 18. Jahrhunderts bringt somit noch keinen Unterschied zwischen Gesetz und Verordnung. Wohl aber macht man nunmehr einen Unterschied zwischen der die Allgemeinheit und den Bürger betreffenden und der verwaltungsinternen Verordnung.

Beide unterscheiden sich vom und unterliegen dem Allgemeinen Landrecht, das etwa einem Grundgesetz vergleichbar ist, bewußt aber nicht so genannt wird.

Das ALR brachte mit dieser näheren Erläuterung der Verordnung im Sinne eines materiellen Gesetzes nach heutigem Begriff aber gleichzeitig insoweit einen Rückschritt, als die vorherige Einforderung eines Gutachtens der Gesetzeskommission die Gültigkeit der getroffenen Anordnung nicht mehr beeinflußte[2]. Dieses Verfahren wurde 1807 wieder aufgegeben.

Damit bleibt festzuhalten, daß kraft positiver Regelung nur für die Zeit von 1781 bis 1794 eine Einschränkung des Monarchen beim Erlaß von Verordnungen im Sinne materieller Gesetze bestand. Es blieb jedoch ein bis 1848 fortdauernder formeller Unterschied zwischen Gesetz und Verordnung, welcher darin bestand, daß nach § 10 Einl. ALR die Gesetze erst mit dem Verkündungszeitpunkt Verbindlichkeit erlangten, während für die sonstigen königlichen Anordnungen eine besondere Verkündung nicht vorgeschrieben war, so daß deren Verbindlichkeit mit dem Zeitpunkt ihres Erlasses eintrat.

---

1) Insoweit ist es unzutreffend, wenn Rönne, Preußisches Staatsrecht, S. 366, behauptet, daß Preußische Staatsrecht vor Erlaß der Verfassung mache keinen Unterschied zwischen Gesetz und Verordnung; ebenso Karl Freiherr von Stengel in WBStVwR, S. 674.

2) So Bornhak, Preußisches Staatsrecht, S. 87/88.

C. Der Staatsbegriff des souveränen Fürstenstaates in der Staatsrechtslehre

Die Abdankung Kaiser Franz II. am 6. August 1806 und der damit verbundene Zusammenbruch des Reiches hatten den territorialen Staatsgewalten zur vollen und unbeschränkten Souveränität verholfen. Art. 57 der Wiener Schlußakte von 1820[1)] mit seiner Verankerung des monarchischen Prinzips war der Rettungsanker, an den sich die Anhänger der Fürstensouveränität klammerten, um der aufkommenden Flut des Konstitutionalismus standhalten zu können.
Die Staatsrechtsliteratur dieser Zeit vermittelt einen Eindruck von diesen Auseinandersetzungen. Diese sind gekennzeichnet durch den Versuch, vernunftrechtliche Traditionen und die überkommenen Vorstellungen vom souveränen Fürstenstaat mit dem geltenden Verfassungsrecht in Einklang zu bringen, wobei man, wie Pütter, das positive Recht aus der Geschichte zu deuten versucht, während etwa Maurenbrecher das positive Recht selbst zur Rechtfertigung des souveränen Fürstenstaates heranzieht.

Am deutlichsten kommt, wie noch aufzuzeigen ist, bei Klüber das langsame Durchdringen des Begriffs vom Staat als selbständigem Rechtssubjekt zum Ausdruck

1. Johann Stephan Pütter

Auf der Tradition des Vernunftrechts fußend und noch nicht von den Vorgängen des Jahres 1806 beeinflußt, steht Pütter noch ganz auf dem Boden des souveränen Fürstenstaates. Nach neuen, reformatorisch-politischen Ideen wird man bei ihm vergeblich suchen. Sein Hauptwerk "Beyträge zum Teutschen Staats- und Fürstenrechte" versucht das positive Recht vornehmlich aus seinen historischen Wurzeln zu er-

---

1) Der Text dieser Bestimmung ist unten, S.105 , angeführt.

klären. Es läßt auch keineswegs die ebenso notwendige rationale Begründung aus Zweck und Wesen des Staates und der einzelnen Rechtsinstitute vermissen, ohne jedoch den Produkten philosophischer Spekulation oder den Forderungen der Politik eine Berechtigung zuzugestehen, sich an die Stelle des positiven Rechts zu setzen[1].

Diese Anlehnung an das positive Recht zeigt bereits die Schwierigkeit auf, bei Pütter ergiebige Ausführungen zum Staatsbegriff zu finden. Einer wirklichen Auseinandersetzung mit den überkommenen Staatstheorien und mit dem Begriff der Souveränität ist er, wie Schlie zutreffend bemerkt, aus dem Wege gegangen[2].

Immerhin bietet seine im übrigen in ihrer Systematik und Gründlichkeit als hervorragend zu bezeichnende[3] Abhandlung über das Reichsstaatsrecht hinreichende Ansatzpunkte für eine Analyse seines Staatsbegriffs.

Auf der Ebene des Territorialstaatsrechts kommt dem Landesherrn die höchste Gewalt zu. Sie umfaßt nicht mehr nur einen numerus clausus von zahlreichen Regalien, sondern sie erfährt ihre Abgrenzung durch die "salus publica", das oberste Prinzip allen staatlichen Lebens[4].

---

1) Vgl. hierzu Heinrich Albert Zachariae in Göttinger Professoren, hier J. St. Pütter, Gotha 1872, S. 130 ff.

2) Ulrich Schlie, Johann Stephan Pütters Reichsbegriff, Göttingen 1961, S. 9.

3) Vgl. etwa v.Kaltenborn in Bluntschlis Deutsches Staatswörterbuch, Bd. 8, Stuttgart/Leipzig 1864, S. 441; H.A. Zachariae, S. 103.

4) Johann Stephan Pütter, Beyträge zum Teutschen Staats- und Fürstenrechte, Göttingen 1777, 1. Teil, S. 320. Die höchste Gewalt erstreckt sich "auf alles, was die gemeine Wohlfahrt eines Staates erfordert, auf alles sage ich, nichts davon ausgenommen, was nur irgendeiner menschlichen Gewalt unterworfen sein kann, aber auch eben deswegen weiter gar nicht, als soweit die gemeinsame Wohlfahrt dazu gerechte Gründe an die Hand gibt".

Die Bezeichnung "Landesherr" sieht Pütter als überholtes Relikt einer vergangenen Epoche an, in der die Regenten noch Besitzer großer Güter gewesen seien und Gewalt über Leibeigene ausgeübt hätten[1]. Jetzt stünden ihnen Rechte und Pflichten gegenüber, letztere insbesondere dahingehend, "das gemeine Wohl zu befördern, Recht und Gerechtigkeit zu handhaben und auf gute Polizei zu halten"[2]. "Rechte und Pflichten vereinigen sich in der gemeinen Wohlfahrt als ihrem Mittelpunkte"[3].

Außer dieser Kritik am Landesherrn, die im übrigen ja durchaus einem damals herrschenden geistigen Zug in Theorie und Praxis entspricht, findet man keinerlei Ansätze zur Reform. Ursächlich hierfür mag einmal die "heilige Scheu und Ehrfurcht vor seinem Landesherrn"[4] gewesen sein, die ihn jede fachwissenschaftliche Erörterung, welche an höchster Stelle mißfallen könnte, vermeiden ließ, ein Umstand, der ihm, sicherlich zu Unrecht, bei Robert von Mohl den Vorwurf der Gesinnungslosigkeit eingetragen hat[5].

Zum andern verbot sich ihm als einem gleich gut kaiserlich und fürstlich gesinnten Publizisten[6] von selbst, die souveräne Stellung des Landesherrn zu unterminieren. Auch Pütters Einstellung zum Kaiser zeigt ihn als überzeugten Anhänger des souveränen Fürstenstaates.

---

1) Pütter, a.a.O., S. 321 ff.

2) a.a.O., S. 323 ff.

3) a.a.O., S. 344.

4) Vgl. Kaltenborn, a.a.O., S. 442; vgl. auch Bluntschli in Bluntschlis Staatswörterbuch in drei Bänden, Bd. 3, Zürich 1872, S. 225/226.

5) Robert von Mohl, Geschichte, Bd. 2, S. 425 ff.

6) Vgl. H.A. Zachariae, a.a.O., S. 133.

Nur scheinbar wurzelt die Reichsgewalt, von der Person des Kaisers losgelöst, in der Reichsverfassung. Sein Hinweis auf die Besonderheiten des Reiches als Wahlmonarchie und die Abgrenzung der kaiserlichen Rechte und Pflichten durch die Wahlkapitulationen[1] lassen die Vermutung aufkommen, Pütter sehe das Reich selbst als Souverän, den Kaiser aber nur als Repräsentanten der Reichsgewalt an. Diese Vermutung trügt. Denn welche Körperschaften auch immer an der Ausübung der Reichsgewalt teilhaben, sie handeln nicht als Organe einer dem Reich selbst zukommenden Gewalt, sondern in Ausübung kaiserlicher Majestätsrechte[2].

An einer anderen Stelle kommt Pütters Eintreten für eine originär kaiserliche Gewalt noch deutlicher zum Ausdruck[3].

Schlie ist darin zuzustimmen, daß begrifflich das Handeln dieser Organe ein Ausfluß der kaiserlichen summa potestas ist.[4] Praktisch indes ergänzt und kontrolliert es die kaiserliche Machtausübung im Sinne der konstitutionellen Idee.

---

1) Pütter, Beyträge, S. 37 ff.: "... sondern eben die Wahlkapitulationen, mittels deren die neun Churfürsten den Kaiser zu ihrem Oberhaupt erklären, bestimmt auch dessen Rechte und Verbindlichkeiten für alle übrigen Teutschen Reichsstände".

2) Vgl. Pütter, a.a.O., S. 60 ff. "Ein König, dem ein Reichstag oder ein Parlament, ein Reichsrath, ein conseil permanent, an die Seite gestellt ist, bleibt doch allzeit ein wahrer Regent, er ist es eigentlich, der die höchste Gewalt auszuüben hat; in ihm beruht die wahre Majestät. Nur in Ausübung der Majestätsrechte ist nicht alles seinem eigenen Gutfinden bloß für seine Person überlassen".

3) Pütter, a.a.O., S. 57: "So hoffe ich, wird es niemandem mehr zweifelhaft vorkommen, daß die Regierungsform des Teutschen Reiches im ganzen immer noch monarchisch, nur freilich eingeschränkt, nicht absolut monarchisch sey, ... wenngleich nichts weniger damit gesagt ist, als daß die kaiserliche Gewalt ganz unbeschränkt sey".

4) Vgl. Schlie, a.a.O., S. 52.

So operiert Pütter mit dem Begriff der "doppelten Majestät"[1] in den Territorialstaaten und im Reich, wobei er sich zur Abgrenzung der beiden Staatsgewalten auf die Reichsverfassung stützt, jene Reichsverfassung, die den Untergang des Reiches nicht zu hindern vermochte. Dieses Problem mußte ungelöst bleiben.

2. Johann Ludwig Klüber

In der Tradition Pütters stehend läßt sich der Staatsbegriff Johann Ludwig Klübers als eine Verbindung von Korporationslehre und Herrscher-Untertanen-Verhältnis definieren. Dieser Staatsbegriff kommt in seinem "Staatsrecht des Rheinbundes" wie in seinem Hauptwerk "Öffentliches Recht des Teutschen Bundes" zum Ausdruck.

"Der Staat (civitas, res publica) ist eine bürgerliche Gesellschaft mit einem bestimmten Landesbezirk unter gemeinschaftlicher Obergewalt zu allseitiger Sicherheit. Nur durch Verträge kann dieser Sicherheitsbund, diese Schutzanstalt entstehen"[2].

Der moralischen Person des Staatsoberhaupts oder des regierenden Subjekts wird die "Untertanschaft" gegenübergestellt[3]. Die Untertanen haben durch ihre Unterwerfung unter die Staatsgewalt ihre Privatziele dem Staatszweck untergeordnet. Eine Willkürherrschaft des Regenten wird dadurch gehemmt. Nur im Rahmen des Staatszwecks ist er souverän und kann die Oberherrschaft unter der Bedingung

---

1) Schlie, a.a.O., S. 42.

2) Johann Ludwig Klüber, Staatsrecht des Rheinbundes, Tübingen 1808, § 1, S. 1; ders. in Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten, 4. Aufl., Frankfurt 1840, § 1, S. 1. Nach G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 395 hat Klüber als erster den Staat als eine bürgerliche Gesellschaft "mit einem bestimmten Landbezirk" definiert.

3) Klüber, Staatsrecht des Rheinbundes, § 2, S. 3, Öffentliches Recht des Teutschen Bundes, § 4, S. 6.

pflichtgemäßer Wahl der Mittel zur Erreichung jenes Zwecks ausüben[1].

Klübers Grundgedanke ist die positive Vertragsmäßigkeit der gegenseitigen Rechtsverhältnisse zwischen dem regierenden Subjekt und den Regierten. Die Gewalt der Fürsten ist eine vom Volk abgeleitete und übertragene.

Die starke Akzentuierung des Staatszwecks und die Darstellung des Staates als moralischer Person[2], als ein "Subjekt von Rechten und Pflichten", das "spricht und handelt durch jeden rechtmäßigen Regenten"[3], hat Romeo Maurenbrecher veranlaßt, in Klüber fälschlicherweise einen Exponenten der Staatssouveränität zu sehen.[4]

Höhn hat nachgewiesen, daß mit der Gegenüberstellung zweier moralischer Personen, nämlich des regierenden Subjekts, des Staatsoberhaupts, und des Staates selbst vollends die Möglichkeit entfällt, den Staat als übergeordnete Einheit einer juristischen Person zu konstruieren[5]. Immerhin läßt sich in Klübers Staatsvorstellungen bereits das langsame Durchdringen des Begriffs vom Staat als selbständigem Rechtssubjekt feststellen.

Die verworrenen staatsrechtlichen Verhältnisse im Reich gegen Ende des 18. und anfangs des 19. Jahrhunderts und

---

1) Klüber, Staatsrecht des Rheinbundes, § 160, S. 193/194, Öffentliches Recht des Teutschen Bundes, § 238, S. 326.

2) Klüber, Öffentliches Recht des Teutschen Bundes, § 3,S.5.

3) a.a.O., S. 6, Anm. d zu § 3.

4) Romeo Maurenbrecher, Die deutschen regierenden Fürsten und die Souveränität, Frankfurt 1837, S. 13: "In Klüber und durch Klüber ist demnach der Sieg für die Staatssouveränität erst vollendet worden".

5) Vgl. Reinhard Höhn, Der individualistische Staatsbegriff, S.214; vgl. dazu auch Robert von Mohl, Geschichte, Bd.2, S.475. Dort heißt es über Klüber: "Er ist ein aufrichtiger Anhänger der durch Volksvertretung beschränkten Einherrschaft".

der patrimoniale Charakter der Landeshoheit in den Territorialstaaten hatten dazu geführt, daß sich die Landesherren eine Fülle verschiedenster Hoheitsrechte zulegten. In diesem Begriff der Hoheitsrechte mischte sich der alte reichsrechtliche Begriff der Regalien mit dem theoretischen der Majestätsrechte[1]. So erschöpfend bei Klüber die Darstellung der Staatshoheit in einer Aufzählung einzelner Hoheitsrechte, in ihrer Einteilung in wesentliche und zufällige, äußere und innere, allgemeine oder besondere, verleihbare oder unverleihbare[2] auch sein mag, sie bestätigt nur die Ansicht G. Jellineks, "daß es ein durchaus unwissenschaftliches Beginnen sei, die Staatsgewalt durch Aufzählung ihres Inhalts erschöpfend darstellen zu wollen"[3].

Von einer einheitlichen, universal zuständigen Staatsgewalt kann bei Klüber somit noch keine Rede sein[4].

Die inneren, d.h. die das Verhältnis zwischen Staatsoberhaupt und Volk betreffenden Hoheitsrechte teilt Klüber in drei "Hauptgegenstände" ein:

1. die höchste Oberaufsicht (jus inspectionis supremae)
2. die Gesetzgebung (potestas leges ferendi)
3. die höchste vollziehende Gewalt im weiteren Sinne (potestas exequendi suprema)[5].

Klüber aufgrund dieser Einteilung zu den Anhängern der Gewaltentrennung zu zählen, wäre verfehlt. Er sieht hierin

---

1) Vgl. G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 597.

2) Vgl. Johann Ludwig Klüber, Öffentliches Recht des Teutschen Bundes, §§ 99 - 103, S. 110/116.

3) G. Jellinek, a.a.O., S. 598.

4) So Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S.84.

5) Klüber, Öffentliches Recht des Teutschen Bundes, § 100, S.112.

lediglich Äußerungsformen einer im übrigen einheitlichen Staatsgewalt[1]. Eine scharf begrenzte Trennung dieser Hoheitsrechte sieht er als ebenso unvorteilhaft wie schwierig an[2].

So wird man auch vergeblich nach einer profilierten Ausgestaltung eines monarchischen Verordnungsrechts suchen. Die oben dargelegte Unterordnung von Gesetzgebung und vollziehender Gewalt unter die inneren Hoheitsrechte lassen eine scharfe Trennung der Gewalten nicht zu. Nach der für jene Zeit charakteristischen Auffassung umfaßt das Regierungs- bzw. Verwaltungsrecht das Recht der Gesetzgebung mit[3]. So ist die vollziehende Gewalt nicht mehr als die Befugnis zur Ausführung und Anwendung der den Staatszweck gemäß festgesetzten Normen[4].

Ein Eingehen auf praktische Fragen der Staatsverwaltung ist nicht festzustellen. Klübers Werk ist mehr statistisch-kompilatorischer, denn analytisch-dogmatischer Natur. Den Vorzügen - erschöpfender Reichtum der Literatur, genaueste Kenntnis der Verhandlungen und der Gesetzgebung des Bundes, geschichtlicher Reichtum an Kenntnissen von früheren Zuständen - steht der Mangel gegenüber, die infrage stehenden Verhältnisse nicht in ihrem Zusammenhang mit dem staatlichen Leben oder aber zu oberflächlich behandelt zu haben[5].

---

1) Nach Böckenförde, a.a.O., S. 85 war damit die Umdeutung der allgemeinen Hoheitsrechte in formal- oder modalbestimmte Staatsfunktionen vollzogen.

2) Klüber, a.a.O., § 100, S. 112.

3) G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 389, Anm. 1.

4) Klüber, a.a.O., § 364, S. 560.

5) Robert von Mohl, Geschichte, Bd. 2, S. 477 und E. Albrecht, Rezensionen über Maurenbrechers Staatsrecht, Göttinger gelehrter Anzeiger 1837, Nr. 150-152, Neudruck, Darmstadt 1962, S. 1.

3. Romeo Maurenbrecher

Wie Pütter und Klüber die vernunftrechtliche Tradition der deutschen Staatsrechtslehre fortsetzend, kann Romeo Maurenbrecher als der letzte große Verfechter der Fürstensouveränität angesprochen werden.

In den beiden Hauptwerken "Die deutschen regierenden Fürsten und die Souveränität" und "Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts"[1] unternimmt er den Versuch, den sich abzeichnenden Übergang zu einem neuen Staatsbegriff, der im Staat die moralische Person, das Subjekt der Souveränität sieht, im Fürsten dagegen nur deren Vollstrekker, durch Beschwörung des patrimonialen Prinzips zu bannen[2].

Das monarchische Recht ist für Maurenbrecher privatrechtlicher Natur, wobei zur Darstellung der Erwerbsgründe wahllos Anleihen im Erbrecht wie im Schuldrecht gemacht werden[3].

Daneben sind ihm korporative Staatsvorstellungen aber durchaus geläufig und er setzt sich ausführlich mit der Theorie der Staatssouveränität auseinander und versucht

---

1) "Die deutschen regierenden Fürsten und die Souveränität" erschien Frankfurt/Main 1839, die "Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts", Frankfurt/Main 1837.

2) Vgl. Fürstensouveränität, S. 167: "Der Grundgedanke des Prinzips der Fürstensouveränität ... ist, daß die Souveränität in der Erbmonarchie das reine Privatrecht (Eigenthum, Teil des Patrimoniums) des Fürsten seyn soll"; vgl. auch Staatsrecht, S. 245/246: "Die Souveränität ist aber nicht bloß ein juristischer Begriff, sie ist etwas Gegenständliches, das man besitzen, erwerben und verlieren kann. Insbesondere faßt das deutsche Staatsrecht sie von alters her als das Privatrecht ihres Inhabers auf, und zwar nach Analogie des Eigentums".

3) Vgl. Maurenbrecher, Staatsrecht, S. 247.

sie zu widerlegen, indem er eine Reihe von Rechtsquellen anführt, welche die dominierende Rolle der Fürstensouveränität beweisen sollen. Hieraus zieht er den Schluß, die Verfassungswirklichkeit habe die Staatssouveränität in den Bereich der Spekulation verwiesen.[1)]

Dieses, im positiven Staatsrecht verankerte Festhalten an der Fürstensouveränität sieht Maurenbrecher in den nach der Julirevolution entstandenen Verfassungen verwirklicht[2)]. Er zieht daraus den Schluß, daß die Staatssouveränität damit excludiert werden sollte[3)]. Weiter stützt er sich auf Art. 57 der Wiener Schlußakte von 1820, welche, seiner Auffassung nach, das patrimoniale Prinzip aufstelle[4)]. Unwiderleglich sei mit der Wiener Schlußakte die Souveränität der Fürsten zur Prämisse des monarchischen Prinzips gemacht und ebenso unwiderleglich sei diese für den positiven Grundbegriff des deutschen Staatsrechts erklärt worden[5)].

Mit dieser Beweisführung hat sich Maurenbrecher heftiger Kritik ausgesetzt. Insbesondere Robert von Mohl entrüstet sich, wenngleich er die Arbeit Maurenbrechers für beachtenswert hält, über die Auffassung der Staatsgewalt als

---

1) Maurenbrecher, Fürstensouveränität, S. 84 ff.

2) So heißt es z.B. in § 5 der Verfassung von Sachsen (1831): "Der König ist das souveräne Oberhaupt des Staates", oder in § 1 der Verfassung von Hannover: "Das Königreich bildet unter der Souveränität des Königs ein Ganzes".

3) Maurenbrecher, Fürstensouveränität, S. 92.

4) a.a.O., S. 99. Der Wortlaut des Art. 57 der Wiener Schlußakte ist folgender: "Da der deutsche Bund ... aus souveränen Fürsten besteht, so muß dem hierdurch gegebenen Grundbegriff zufolge die gesamte Staatsgewalt in dem Oberhaupte des Staates vereinigt bleiben, und der Souverän kann durch eine landständische Verfassung nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden werden".

5) Maurenbrecher, Fürstensouveränität, S. 100.

Privateigentum, die man nur mit entschiedener rechtlicher, politischer und sittlicher Mißbilligung aufnehmen könne[1].

Böckenförde sieht in Maurenbrecher einen Theoretiker, der die Verfassungswirklichkeit nicht berücksichtigt habe[2]. In der Tat muß die Methodik Maurenbrechers als unhistorisch und nicht der geltenden Verfassungslage entsprechend bezeichnet werden. Wie Mohl zutreffend bemerkt, fehlt eine Beachtung der einzelnen Landesgesetze, eine Anerkennung der in den Verhandlungen zwischen Regierung und Ständen ausgesprochenen und anerkannten Grundsätze[3].

Maurenbrecher greift sich die in sein System passenden Gesetzesstellen heraus, ohne sie im Zusammenhang mit den anderen Bestimmungen zu sehen. So läßt er den bedeutsamen Art. 56 der Wiener Schlußakte, welcher besagt, daß die in anerkannter Wirksamkeit bestehenden landständischen Verfassungen nur auf verfassungsmäßigem Wege wieder abgeändert werden können, völlig unerwähnt. Seine Darstellung läßt weiter außer acht, daß sich in der Tatsache der Festlegung monarchischer Kompetenzen in Verfassungen schon die unaufhaltsame Entwicklung einer Entmachtung, einer langsamen Aufweichung des monarchischen Prinzips andeutet.

Im Rahmen seiner Auseinandersetzung mit dem Beamtenbegriff liefert Maurenbrecher bei der Frage, ob der Fürst Diener des Staates sei, seinen Gegnern die entscheidenden Argumente. Er spricht hier vom Beamten als "Staatsdiener",

---

1) Robert von Mohl, Geschichte, Bd. 2, S. 302.
2) Böckenförde, a.a.O., S. 87.
3) Mohl, a.a.O., S. 303.

welcher angesehen werden müsse als Diener der "moralischen Person des Staats", in welcher "Regent und Untertanen zu einer Einheit verschmelzen"[1]. Schon Albrecht hat angedeutet, daß hier die Idee der juristischen Person auftauche, wenngleich sie ungenutzt bleiben mußte[2].

Wie fern Maurenbrecher aber noch der Vorstellung der unsichtbaren Staatspersönlichkeit war, zeigt eine nähere Betrachtung des Begriffs der moralischen Person. Er verstand hierunter nur den korporativ organisierten Herrschaftsträger in der Republik[3]. So will er auch den Satz "der Fürst ist der erste Diener des Staates" nicht juristisch, sondern ethisch verstanden wissen[4]. Gleichwohl spricht er schon vom Staatseigentum und von Staatsschulden[5] und läßt dabei ungewollt die Tendenz des Staates als Apparat, als Anstalt erkennen[6].

Die Staatsgewalt spricht er, wenngleich nicht scharf umrissen, nicht einer unsichtbaren Staatspersönlichkeit zu, sondern einem Subjekt, das "die Regierung, der Souverän, der Regent, die Obrigkeit usw." heißen kann[7].

Sie wird eingeteilt in die gesetzgebende, die vollziehende und die oberaufsehende Gewalt[8]. Diese hat aber unter der Vorherrschaft des Gesetzes eine rein ausführende Funktion. Keine Regierung ist berechtigt, "etwas auszuführen, wofür kein Gesetz besteht"[9]. Zwangsmittel der Regierung

---

1) Maurenbrecher, Staatsrecht, S. 278.

2) Eduard Albrecht, Rezensionen, S. 11.

3) So Höhn, Der individualistische Staatsbegriff, S. 220 unter Hinweis auf Maurenbrechers Staatsrecht, S.55/56.

4) Maurenbrecher, Fürstensouveränität, S. 137 mit Anm.1.

5) Ders. Staatsrecht, S. 366 bzw. 376.

6) So Höhn, a.a.O.

7) Maurenbrecher, Staatsrecht, S. 35.

8) Maurenbrecher, Staatsrecht, S. 50/51.

9) a.a.O., S. 335.

gegen die Untertanen sind nur dort zulässig, wo diese dem Gesetz den Gehorsam verweigern.

So erscheint bei Maurenbrecher die Vollstreckung der Gesetze durch den Monarchen lediglich als ein "sich selbst konsequent Bleiben" des Herrschers[1]. Dieser "Totalvorbehalt"[2] des Gesetzes in Verbindung mit einer unmißverständlichen Absage an das Gewaltentrennungsprinzip[3] ist in sich widersprüchlich und läßt vergeblich nach einem Verordnungsrecht des Monarchen suchen.

---

1) Maurenbrecher, Fürstensouveränität, S. 190.

2) Diese treffende Bezeichnung findet sich bei Böckenförde, a.a.O., S. 89.

3) Maurenbrecher, Staatsrecht, S. 53: zur Teilung der Hoheitsrechte: "Allein eine solche Theilung ist gegen die Natur der Sache, denn es ist die Staatsgewalt, als höchste Gewalt, etwas untheilbares".

2. Kapitel

Vom Wohlfahrtszweck zum Rechtszweck
Der Verfassungsstaat als Reaktion auf den Wohlfahrtsstaat

I. In der Staatslehre

Die von der französischen Staatsphilosophie verbreitete Theorie von der Gewaltenteilung war auch in Deutschland auf fruchtbaren Boden gefallen. Die praktische Auswirkung Montesquieu'scher und Rousseau'scher Ideen in der französischen Revolution sowie die Auswirkung der napoleonischen Kriege haben diesen Einfluß noch verstärkt. So macht sich auch in der deutschen Staatsphilosophie das Verlangen nach einer Ordnung bemerkbar, in der eine Verfassung in gerechter, d.h. hier in "vernünftiger" Weise, die Einflußsphären der einzelnen Menschen sowohl untereinander als auch gegenüber dem Staat abgrenzt.

Waren bisher privatrechtliche Vorstellungen Ausgangspunkt dieser Abgrenzung gewesen, so wird nun das öffentliche Recht Gegenstand und Grundlage staatsphilosophischer Betrachtungen.

In Deutschland sind es vor allem Immanuel Kant und Wilhelm von Humboldt, deren Ideen den Weg für eine durch Verfassung festgelegte Ordnung ebnen. In der Zielsetzung, einer durch Verfassung geregelten staatlichen Ordnung, einander gleich, sind sie doch in der Methode des Vorgehens verschieden. Während bei Kant die "Metaphysik der Sitten" mit ihren "metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre" logischer Abschluß einer mit der "Kritik der praktischen Vernunft" eingeleiteten Entwicklung sind[1], ist Humboldts

---

1) Die "Metaphysik der Sitten" erschien zuerst im Oktober 1797, zunächst nur mit ihrem ersten Teil: "Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre", vgl. Immanuel Kant, Metaphysik der Sitten", Leipzig 1907, herausg. von Karl Vorländer, S. XIII.

einschlägige Schrift[1] weniger ein ex abstracto entwickeltes Lehrgebäude als eine Reaktion auf den absoluten Wohlfahrtsstaat. Die literarische Ausstrahlung dieser Frühschrift ist wesentlich geringer als Humboldts Wirkung durch Planung und Organisation in seinen späteren Jahren.

A. Immanuel Kant

Der Staat ist für Kant eine "Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen"[2]. Seine Auffassung von der Entstehung des Staates ist noch deutlich von der Rousseau'schen Staatsidee geprägt. Rousseau's contrat social ist bei Kant der ursprüngliche Vertrag, nach welchem "alle (omnes et singuli) im Volk ihre äußere Freiheit aufgeben, um sie als Glieder eines gemeinsamen Wesens, d.i. des Volkes als Staat betrachtet (universi), sofort wieder aufzunehmen"[3].

Mit dieser Lösung der Frage nach dem Ursprung des Staates bleibt Kant noch ganz in den überkommenen Bahnen, indem er den Menschen als Einzelwesen an den Anfang der Geschichte stellt und die Gesellschaft, ganz der naturrechtlichen Auffassung folgend, als die Summe der Einzelnen ansieht[4].

---

1) "Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen", Breslau 1851, 1. Auflage.

2) Kant, Metaphysik, S. 135.

3) a.a.O., S. 138/139.

4) Vgl. Rudolf Dünnhaupt, Sittlichkeit, Staat und Recht bei Kant, Dessau 1926, S. 65.

In dieser Freiheitsbeschränkung erblickt Kant keinen Verlust der Freiheit, sondern die Aufgabe eines rechtlosen Zustandes[1]. Das Recht ist für Kant der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit vereinigt werden kann[2]. Er sieht hierin einen Rechtszwang, der deswegen mit der Freiheit vereinbar ist, weil dabei in Wahrheit die Willkür eingeschränkt wird. Freiheit aber ist gerade nicht Willkür, denn sie bedeutet nicht die Möglichkeit zu beliebigem Tun, sondern die Möglichkeit zu sittlich-verantwortlichem Handeln[3].

Damit ist angedeutet, daß die Aufgabe der Freiheit und die Lehre vom Staatsvertrag bei Kant eine andere Bedeutung haben als bei Rousseau. Bei beiden Verfassern geben durch den Staatsvertrag die Individuen ihre Freiheit ohne Vorbehalt zugunsten des "allgemeinen Willens" auf, um ihre Freiheit eben dadurch wiederzugewinnen, daß sie Teil des allgemeinen Willens sind. Beide unterscheiden auch zwischen der volonté de tous und der volonté générale. Beiden ist schließlich das Ziel gemeinsam, die Freiheit unter eine Rechtsordnung zu stellen.

Bei Rousseau ergibt sich dieses Ziel aus dem Interesse der Individuen; nur insoweit ihre Interessen gleich sind, kann sich eine wirkliche volonté générale herausbilden. Dagegen ist die Allgemeinheit des Willens bei Kant nicht die Gleichheit eines allem gemeinsamen empirischen Zwecks, nicht das Interesse führt zur Willenseinigung, sondern

---

1) Kant, Metaphysik, S. 134/135.
2) Kant, a.a.O., S. 34/35.
3) Kant, a.a.O., S. 35/36.

das Gebot der sittlichen Vernunft.[1)]

"Der vereinigte Wille des Volkes ist", wie Larenz zutreffend bemerkt[2)], "der vernünftige Wille jedes Einzelnen als autonomer gesetzgebender Persönlichkeit und darum der übereinstimmende Wille aller".

Damit ist auch Kants Rechtsbegriff gefunden. Das Recht wurzelt in der Idee der Vernunft. Es ist weniger ein aus weltanschaulichen Prinzipien gewonnener Begriff, als ein Mittel, Übergriffe in Freiheit und Eigentum des Mitmenschen durch gegenseitige Sicherheitsgarantien zu verhindern[3)].

Im Grunde ist dies nichts anderes als die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des kategorischen Imperativs[4)].

Kant selbst bringt dies in seiner Erörterung des Staatszwecks deutlich zum Ausdruck: "Zweck des Staates ist der Zustand der größten Übereinstimmung der Verfassung mit Rechtsprinzipien, als nach welchen zu streben uns die Vernunft durch einen kategorischen Imperativ verbindlich macht"[5)].

---

1) Vgl. Karl Larenz, Die Rechts- und Staatsphilosophie des deutschen Idealismus und ihre Gegenwartsbedeutung, München/Berlin 1933, S. 102 ff.; vgl. hierzu auch Johannes Müller, Kantisches Staatsdenken und der preußische Staat, Kitzingen 1954, S. 42: "Sein Staatsdenken wendet sich gegen den Interessenversicherungsstaat der Aufklärung, damit allgemeingültige Rechtsprinzipien in der Gesellschaft wirksam werden können".

2) Larenz, a.a.O., S. 104.

3) Kant, a.a.O., S. 129: "Niemand ist verbunden, sich des Eingriffs in den Besitz des anderen zu enthalten, wenn dieser ihm nicht gleichmäßig auch Sicherheit gibt, er werde eben dieselbe Enthaltsamkeit gegen ihn beobachten".

4) Dieser Meinung ist auch Gerhard Dulckeit, Naturrecht und positives Recht bei Kant, Leipzig 1932, S. 52; ebenso Larenz, a.a.O., S. 104.

5) Kant, a.a.O., S. 141.

In dieser Auffassung des Staates als eines Rechtsstaates bei Kant ist der entscheidende Fortschritt gegenüber seinen Vorgängern zu sehen. Kant löst sich vom Staat als bloßem Mittel des Schutzes des einen gegen den andern, er überwindet auch den Eudämonismus eines Thomasius. Zutreffend stellt Dünnhaupt heraus, daß der Staat in der Aufgabe, eine vollkommen gerechte bürgerliche Verfassung zu schaffen, zur "moralischen Person" geworden ist.[1)]

Aus dem französischen Rationalismus übernimmt Kant die Gewaltentrennung. Die drei Gewalten bezeichnet er, da sie für ihn wesentlicher Bestandteil der Staatsidee überhaupt sind, als Staatswürden[2)]. Gesetzgeber und damit oberster Souverän ist das Volk[3)]. Zwar beschließt dabei praktisch einer über den anderen, aber es geschieht dadurch kein Unrecht, da man ja über sich selbst beschließt und, "volenti non fit iniuria". "Somit kann nur der übereinstimmende und vereinigte Wille aller, sofern ein jeder über alle und alle über einen jeden eben dasselbe beschließen, mithin nur der allgemein vereinigte Volkswille maßgebend sein"[4)].

Die Frage, was geschieht, falls man überstimmt wird, ist bei Kant nicht angeschnitten. Das Rousseau'sche Vorbild der volonté générale ist dabei nicht zu verkennen. So scheint es gerechtfertigt, die schon bei Rousseau gefundenen Grundsätze für die Willensbildung auch hier heranzuziehen.

---

1) Dünnhaupt, a.a.O., S. 119.

2) Kant, Metaphysik, S. 138.

3) "Sie (die Staatswürden, d.Verf.) enthalten das Verhältnis eines allgemeinen Oberhaupts, das, nach Freiheitsgesetzen betrachtet, kein anderer als das vereinigte Volk selbst sein kann", a.a.O.

4) Kant, a.a.O., S. 136.

Danach ist Stimmenmehrheit für die überstimmten Bürger verpflichtend. An ihr erkennt man im Staate den allgemeinen Willen[1]. Allgemeinheit des Willens ist dann schon gewährleistet, wenn alle Stimmen zumindest formell berücksichtigt sind[2].

Träger dieser Gesetzgebung sind diejenigen Staatsbürger, die sich durch gesetzliche Freiheit, bürgerliche Gleichheit und Selbständigkeit der Existenz auszeichnen[3].

Der Herrschergewalt des Volkes gegenüber kommt dem Regenten, dem rex oder princeps nur executorische Gewalt zu, er ist nicht mehr als ein "Agent" des Staates[4].

---

1) Vgl. Karl Rieker, Die rechtliche Natur der modernen Volksvertretung, Leipzig 1893, S. 13.

2) Zu berücksichtigen ist, daß der Urvertrag, mit dem sich die Menschen zum Volk zusammenschlossen, von Kant keineswegs als Faktum vorausgesetzt wurde. Ihm genügte, die bloße Idee der Vernunft, jeden Gesetzgeber so zu binden, daß seine Gesetze dem vereinigten Willen des ganzen Volkes hätten entspringen können, vgl. den Nachweis bei Johannes Müller, a.a.O., S. 34/35.

3) Kant, Metaphysik, S. 136/137. Diese Einteilung in aktive und passive Staatsbürger (a.a.O., S. 137) zeigt einen bei Kant seltenen Rückfall in ständische Vorstellungen. So entbehren nach seiner Auffassung Handwerkergesellen, Dienstboten oder auch Hauslehrer der bürgerlichen Persönlichkeit. Ihre Abhängigkeit vom Willen der Mitmenschen macht sie unselbständig und unfähig, den Staat selbst zu formen und zu organisieren.

4) Kant, a.a.O., S. 139/140: "Der Regent des Staates (rex, princeps) ist diejenige (moralische oder physische) Person, welcher die ausübende Gewalt (potestas executoria) zukommt, der Agent des Staates."

Er steht unter dem Gesetz und wird durch dasselbe vom Souverän verpflichtet. Die Stellung, die beispielsweise später im preußischen Konstitutionalismus dem König eingeräumt wurde, hätte Kant als despotisch bezeichnet[1]. Willensäußerung des Regenten ist daher nicht das Gesetz, sondern die Verordnung, die aber hier reine Ausführungsverordnung ist[2].

Eine etwaige Revolution kann sich nur gegen die Exekutive, nie aber gegen den Souverän selbst, den Gesetzgeber richten. Hier steht bei Mängeln in der Staatsverfassung nur der Weg der Reform offen[3].

Wie bei Rousseau, so begegnet uns auch bei Kant wieder das individualistische Herrscher-Untertanen-Verhältnis[4]. Die Bürger, welche durch den ursprünglichen Kontrakt im Staate vereinigt zum Gebieter werden, sind als Einzelpersonen Untertanen.

Die Frage nach der bestmöglichen Staatsform läßt Kant offen. Er räumt aber ein, daß das Oberhaupt, der Souverän, an sich ein das gesamte Volk darstellendes Gedankending, einer physischen Person bedarf, die dieser Idee Wirksamkeit verleiht[5]. Dabei unterscheidet er drei Formen der Ausübung der obersten Staatsgewalt, indem nur einer, einige oder alle die Souveränität besitzen. Dabei wird der

---

1) Vgl. Kant, a.a.O., S. 140: "Eine Regierung, die zugleich gesetzgebend wäre, würde despotisch zu nennen sein".

2) Kant, a.a.O.

3) Kant, a.a.O., S. 146. Den Königsmord oder auch die formelle Hinrichtung des Monarchen lehnt Kant wohl unter dem Eindruck der Schicksale Karls I. oder Ludwigs XVI. als verbrecherisch ab.

4) So Höhn, Der individualistische Staatsbegriff, S. 175.

5) Kant, a.a.O., S. 167.

Staatsgewalt mit einer möglichst kleinen Anzahl von Gewaltträgern der Vorzug gegeben[1]. So ist für ihn auch keineswegs die Monarchie die ultima ratio. Die Schlußfolgerung, die Monarchie sei die beste Staatsverfassung, wenn der Monarch gut sei, hält er für eine volksverdummende Tautologie[2].

Kant dachte also noch nicht daran, die Idee seines Verfassungsstaates in ihrer Darstellung und Erscheinung mit der Staatenwirklichkeit und dem positiven Recht zu konfrontieren.

Vielmehr besteht seine für die Fortentwicklung bahnbrechende Leistung darin, daß er die Rechtsphilosophie seiner Ethik und damit der Idee der Freiheit unterstellt[3]. Indem er den neuen Geist seiner idealistischen Freiheitslehre einfach in die alten Formen naturrechtlicher Rechts- und Staatskonstruktionen gießt, nimmt seine Rechtslehre, wie Larenz zutreffend bemerkt[4], den Charakter eines Übergangswerks an. Als Naturrechtslehre setzt sie eine jahrhundertealte Entwicklung fort, als erstes System einer Rechts- und Staatsphilosophie auf der Grundlage des idealistischen Freiheitsgedankens leitet sie eine neue Entwicklung ein.

Kants weiteres großes Verdienst liegt darin, die Gewaltentrennung mit ihrer doppelten Bedeutung der Einheit der Staatsgewalt einerseits und der getrennten Funktion der

---

1) Vgl. hierzu Dünnhaupt, a.a.O., S. 70.

2) Kant, a.a.O., S. 168: "Was die Vertröstung, womit sich das Volk befriedigen soll, betrifft, daß nämlich die Monarchie die beste Staatsverfassung sei, wenn der Monarch gut ist, gehört zu den tautologischen Weisheitssprüchen und sagt nichts mehr als: die beste Verfassung ist die, durch welche der Staatsverwalter zum besten Regenten gemacht wird".

3) Vgl. Larenz, a.a.O., S. 96.

4) a.a.O., S. 97.

Gewalten andererseits nicht nur erkannt, sondern auch in Deutschland bekannt gemacht zu haben.

B. Wilhelm von Humboldt

Enttäuscht vom Wohlfahrtsstaat absolutistischer Prägung präsentiert Wilhelm von Humboldt in seinem Buch "Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen" eine Staatsauffassung, die streng individualistisch ausgerichtet ist. Schon das einleitend angeführte Zitat Mirabeau's des Älteren, "... de se mettre en garde contre la fureur de gouverner, la plus funeste maladie des gouvernements modernes", läßt einen weniger auf praktische Erörterungen der Staatsverwaltung als auf eine Verteidigung der individuellen Freiheitssphäre dem Staat gegenüber rechnen.

Das erst posthum (1851) veröffentlichte Buch war aus einem Aufsatz in der Berliner Monatsschrift vom Januar 1792 entstanden. Humboldt hatte es auf Anregung des damaligen kurmainzischen Stadthalters in Erfurt, K. Th. von Dalberg geschrieben. Sein ursprünglicher Titel lautete: "Ideen über die Staatsverfassung, durch die neue französische Konstitution veranlaßt"[1].

Mit radikaler Einseitigkeit tritt Humboldt denen entgegen, welche die Mannigfaltigkeit und Tätigkeit, die für ihn Zeichen des wahren Endzwecks des Menschen, nämlich "der höchsten und proportionierlichsten Bildung seiner Kräfte zu einem Ganzen"[2] sind, zugunsten von Wohlstand und Ruhe

---

1) Vgl. Heinrich Merk, Wilhelm von Humboldt, Menschentum und Staatsgewalt, Schriften und Briefe, Augsburg 1948, S. 121.

2) Humboldt, Ideen, S. 9; vgl. auch Humboldts Brief an Georg Forster vom 1. Juni 1792, wo diese Gedanken bereits niedergelegt sind. Dort heißt es auch in Anklang an das eingangs angeführte Zitat Mirabeau's: "Ich habe nämlich ... der Sucht zu regieren entgegenzuarbeiten versucht", zitiert bei Merk, a.a.O., S. 122 ff.

beeinträchtigen wollen. Zutreffend weist Kuhn darauf hin, daß sich hier eine Immaterialität seines Freiheitsbegriffes ausdrückt, die ihn von den englischen und französischen Individualisten unterscheidet[1].

Wohl gesteht Humboldt dem Staat eine Stellung als Träger der Sicherheit zu[2], wendet sich aber scharf gegen die herrschende Meinung in der Staatsrechtslehre, welche dem Staat Einfluß auf das ganze physische und moralische Wohl der Nation einräumt. Die Verordnung erscheint ihm als das gefährliche Werkzeug, dessen sich der Staat zur Erreichung dieses Zieles bedient[3]. Es geht ihm um die Dynamik, die Spannung zwischen Glück und Leid, die im Wohlfahrtsstaat aufgehoben ist.

So schlägt er beispielsweise vor, der Staat solle sich jeglichen Einflusses auf die Ehe enthalten und sie ganz der freien Willkür der Individuen überlassen[4]. Der Staat darf lediglich dort eingreifen und für die Sicherheit der Bürger Sorge tragen, wo ohne oder gegen Einwilligung eines Bürgers durch einen andern dessen Rechte, d.h. Freiheit

---

1) Alfred Kuhn, Wilhelm von Humboldt als Staatsmann, Köln 1921, S. 723.

2) Humboldt, a.a.O., S. 103; Humboldt versteht hierunter die Sicherheit nach außen, allenfalls noch die Beilegung innerer Zwistigkeiten der Bürger untereinander, da er dies als eine Notlage des Staates selbst ansieht. Dagegen läßt er Verhütung und Abwehr großer Unglücksfälle, Hungersnot, Überschwemmung etc. nicht hierunter fallen.

3) Humboldt, a.a.O., S. 9.

4) a.a.O., S. 29.

und Besitz geschmälert werden[1]. Der Monarch, schon in der Geschichte stets Heerführer gewesen, hat sich auch in der Sicherheitsvorsorge auf die Abwehr äußerer Feinde und die Beilegung von Bürgerzwisten zu beschränken.

Im letztgenannten Bereich schlägt jedoch dieser theoretisch radikale Individualismus in ein anderes Extrem um. Wer für die Sicherheit sorgt, muß absolute Gewalt besitzen[2]. "Der Staat ist eine letzt widerspruchslose Macht, welche doch im eigentlichsten Verstande den Begriff des Staates ausmacht"[3]. Dabei ist für Humboldt ein Führer "unstreitig das zweckmäßigste"[4].

Diese Macht des Staates wird hergeleitet aus einer Staatseinheit, die der damaligen Verfassungswirklichkeit nicht entspricht. Humboldt greift damit sowohl dem Denken wie der tatsächlichen Struktur seiner Zeit voraus. Mit der Theorie vom omnipotenten Staat konstruiert er sich, wie Kaehler richtig bemerkt, erst den Gegner, den er bekämpft.[5] Im übrigen wird dem Staat eine Existenz um seiner selbst willen abgesprochen und ein allgemeiner Staatszweck nicht anerkannt.

Wenn Rantzau, Humboldt als vernunftgläubigen Schwärmer bezeichnend, ausführt, das einzige, was diesen am Staat interessiere, sei die Frage, was er für die innere Kraft des Menschen zu leisten vermöge[6], so ist Humboldts Werk damit nur unzureichend charakterisiert.

---

1) Humboldt, a.a.O., S. 113.

2) Vgl. Siegfried Kaehler, Wilhelm von Humboldt und der Staat, München/Berlin 1927, S. 141.

3) Humboldt, a.a.O., S. 44.

4) a.a.O., S. 46.

5) Kaehler, a.a.O., S. 142.

6) Johann Albrecht von Rantzau, Wilhelm von Humboldt, Der Weg seiner geistigen Entwicklung, München 1939, S. 28.

Humboldts Ansicht, die Erfahrung zeige, daß das, was das Gesetz löse, durch die Sitte gebunden werde[1], stempelt ihn in der Tat zum Theoretiker, ja zum Idealisten, der die Augen vor der Wirklichkeit verschließt. So will er auch ein Tätigwerden des Staates durch "Nationalanstalten", d.h. einzelne Teile der Nation, ersetzen, denen man die Freiheit gibt, sich durch Verträge zu verbinden[2]. Mit der Proklamierung des äußersten politischen Individualismus übereinstimmt die Ablehnung des Repräsentationsgedankens[3]. Schließlich zieht er für die Staatsverwaltung Verträge zwischen den Gemeinden den Staats- bzw. Regierungsverordnungen vor[4].

Darüber hinaus tritt aber bei Humboldt, dessen Gedanken ja immer in Beziehung zu den Ereignissen der französischen Revolution zu sehen sind, neben der Vernunft und neben dem Zufall, worunter er die individuelle Beschaffenheit der Gegenwart versteht, auch die Geschichte als Erkenntnisquelle hinzu. Er räumt ein, daß in der reinen Theorie die Eigentümlichkeit des "natürlichen" Menschen, in der Ausführung, d.h. in der Praxis aber die Individualität des wirklichen Menschen hinzukomme[5].

Mit der Feststellung, daß Geschichte und Schicksal als ein der Allmacht der bloßen Vernunft entzogener Bereich von eigener Gesetzmäßigkeit erkannt werden, scheidet sich Humboldt vom Denken des 18. Jahrhunderts, vom Naturrecht ebenso, wie von Rousseau auf der einen und Kant auf der

---

1) Humboldt, Ideen, S. 30.
2) a.a.O., S. 41.
3) Vgl. Kaehler, a.a.O., S. 138.
4) Humboldt, a.a.O., S. 114.
5) Humboldt, Ideen, S. 187.

anderen Seite[1].

Die Tatsache, daß Humboldt sich nicht nur als Schriftsteller einen Namen machte, sondern auch als preußischer Staatsbeamter ständig mit der Verfassungswirklichkeit konfrontiert wurde[2], wirft die Frage auf, ob er seinen Individualismus auch in seiner Tätigkeit als Politiker durchzusetzen versuchte und vermochte.

Humboldt war im Jahre 1813, wenige Wochen nach der Völkerschlacht, zur Mitarbeit am Entwurf einer deutschen Verfassung herangezogen worden. Wie Gebhardt[3] nachweist, haben seine bereits in den "Ideen" niedergelegten humanitären Grundsätze in diesem Verfassungsentwurf ihren Niederschlag gefunden. Zur Stärkung der landständischen Rechte fordert er die ständische Zustimmung zur Vermehrung direkter oder indirekter Steuern, zur Aufnahme einer Staatsanleihe usw. sowie das Recht der Regierung, Vorstellungen über Mißstände in der Gesetzgebung und Verwaltung zu machen. Als Grundrechte sind für ihn Habeas-Corpus-Akte, Unabhängigkeit der Gerichte, Presse- und Druckfreiheit, freies Studium auf allen deutschen Universitäten und freie Wahl des Arbeitsplatzes zu fordern.

Daß Humboldts Verfassungsplan einen für seine Zeit durchaus liberalen Charakter aufweist, wird deutlich, wenn man die drei Richtungen berücksichtigt, nach denen die Ansichten und Untersuchungen über die Verfassung damals ausein-

---

1) Vgl. Kaehler, a.a.O., S. 131; zur Überwindung der Korporationslehre bei Humboldt durch die freigeschlossene und freilösliche Bindung der Individuen und ihre Bedeutung für die Zwischenverbände, vgl. auch O. von Gierke, Althusius, S. 263.

2) Humboldt war u.a. von 1809 - 1810 preuß. Unterrichtsminister und gründete 1810 die Berliner Universität.

3) Bruno Gebhardt, Wilhelm von Humboldt als Staatsmann, 2. Bd., Stuttgart 1899, S. 308 ff.

andergingen. Einem theoretisierenden Liberalismus, der sein Programm zum Teil ohne Rücksicht auf die vorhandenen Zustände aufstellte, stand ein regressiver Feudalismus gegenüber. Dazu gesellte sich eine dritte Richtung, die schüchterne Ansätze zu einem historischen Konstitutionalismus aufwies. Der letztgenannten Richtung stand Humboldt wohl am nächsten[1].

Zwar bleibt es bei seiner ablehnenden Haltung gegenüber dem Repräsentativsystem, doch trägt seine Ablehnung des Feudalsystems durch freiere Behandlung des Adels und eine stärkere Berücksichtigung des bürgerlichen und bäuerlichen Elements den Forderungen der neuen Zeit und der liberalen Anschauung vom Staatsleben Rechnung[2]. Hiervon zeugt auch die hohe Rangstellung der individuellen Rechte und der Pressefreiheit.

Daneben zeigt Humboldt unter dem Eindruck der geschichtlichen Ereignisse und offenbar beeinflußt von der nationalen Erhebung in Deutschland eine Abwendung vom schwachen Staat, für den er in seinen "Ideen" noch mit solcher Vehemenz eingetreten war. In einer Denkschrift[3], die er dem Freiherrn von Stein einreichte, heißt es: "Deutschland muß frei und stark sein, nicht groß, damit es sich gegen diesen oder jenen Feind verteidigen könne, sondern deswegen, weil nur eine auch nach außen hin starke Nation den Geist in sich bewahrt, aus dem alle Segnungen im Innern strömen".

"In Humboldts Individualbegriff", bemerkt Kuhn[4], "hatte sich eine Entwicklung vollzogen. Der Staat ist ihm zum Individuum geworden". Dieser Auffassung ist zuzustimmen,

---

1) Vgl. Gebhardt, a.a.O., S. 328.
2) So Gebhardt, a.a.O., S. 329.
3) Zitiert bei Kuhn, Wilhelm von Humboldt, S. 724.
4) a.a.O., S. 725.

soweit es um den Charakter des Staates als Nationalstaat geht. Die juristische Konstruktion der unsichtbaren Staatspersönlichkeit als einer über den Individuen stehenden Anstalt muß dem Denken Humboldts fremd gewesen sein.

Humboldt wie Kant verharren in ihrem Denkansatz in der Sphäre der allgemeinen Staatslehre. Zu konkreten Fragen der Staatsverwaltung, speziell des Verordnungsrechts, äußern sie sich nicht. Ein Versuch, ihre Meinung dazu logisch zu erschließen, wäre zu spekulativ.

II. Im Staatsrecht

Wie ist nun die Entwicklung zur unsichtbaren Staatspersönlichkeit, wie sie uns bei Albrecht begegnet, möglich gewesen?

Bei Kant war uns die Vorstellung einer Repräsentation der Gesamtheit, nicht aber eine Organstellung des Souveräns im Dienste einer unsichtbaren Staatspersönlichkeit gegenübergetreten. Auch das preußische ALR wies neben Tendenzen zum souveränen Fürstenstaat starke, aus dem Naturrecht kommende korporative Vorstellungen auf[1].

A. Die Lehre vom Rechtsgesetz; Karl-Salomo Zachariae

Bei Karl-Salomo Zachariae's Staatsbegriff finden wir Ansätze, den Staat begrifflich vom Herrscher-Untertanen-Verhältnis und vom Verhältnis der Untertanen zueinander zu lösen[2]. Die gleiche Tendenz hat später zur unsicht-

---

1) Vgl. ALR Teil II, 13. Titel, § 1: "Alle Rechte und Pflichten des Staates gegen seine Bürger und Schutzverwandten vereinigen sich in dem Oberhaupte desselben".

2) Karl-Salomo Zachariae, Vierzig Bücher vom Staate, Bd.1 und Bd.2, Stuttgart/Tübingen 1820, Bd.III, 2.Aufl., Heidelberg 1835.

baren Staatspersönlichkeit geführt[1].

In der ersten Zeit seiner Lehrtätigkeit in Wittenberg noch Kantianer der älteren Observanz[2], begnügt sich Zachariae später nicht mit der zweckrationalen Auffassung vom Staate, wie sie bisher bei der korporativen Konstruktion gebräuchlich war. Für ihn ergibt sich die Idee des Staates aus dem Rechtsgesetz[3].

Während der Staat nach außen hin realiter als einheitliches Gebilde auftritt[4], wird er im Innenverhältnis unter Beibehaltung der Vorstellung vom souveränen Fürstenstaat über die Vernunft auf das Rechtsgesetz zurückgeführt.

Somit entfernt sich Zachariae von den Vorstellungen seiner Vorgänger, die ihren Staatsbegriff noch auf korporative Vorstellungen gründeten. Dem Staat stellt er die bürgerliche Gesellschaft gegenüber, die er in ihrer korporativen Struktur, bedingt durch das Bedürfnis gegenseitigen Beistandes, sieht[5]. Wenn damit auch der souveräne Fürstenstaat bestehen bleibt, so beruht er eben nicht auf korporativen Vorstellungen, sondern auf etwas höherem, nämlich dem Rechtsgesetz.

So ist bei Zachariae der Herrscher zwar noch nicht Organ einer unsichtbaren Staatspersönlichkeit, er ist aber auch nicht mehr nur um seiner selbst willen berechtigt, er ist

---

1) So Höhn, Der individualistische Staatsbegriff, S. 216.

2) Vgl. Stintzing-Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt. 2. Halbbd, München/Berlin 1910, S. 101.

3) Zachariae, a.a.O., Bd. 1, S. 91/92: "Denn die Idee einer rechtlich und physisch unbedingten Herrschaft ist die Vernunftvorstellung von dem Rechtsgesetze".

4) a.a.O., Bd. 1, S. 132.

5) Zachariae, a.a.O., Bd. 1, S. 100.

vielmehr "das Abbild einer aus dem Rechtsgesetz fließenden Idee des Herrschertums"[1].

Das Innenverhältnis zum Staat wird durch eine Teilung der Gewalten, die Zachariae in allgemeine und besondere aufgliedert, geregelt. Zur allgemeinen Gewalt rechnet er die gesetzgebende und die vollziehende Gewalt, wobei er letztere, wie Montesquieu, in die richterliche und die vollziehende im eigentlichen Sinne unterteilt, während unter die besondere Gewalt das Oberaufsichtsrecht fällt[2].

Sein Gesetzesbegriff fußt auf dem Gleichheitsgrundsatz und stellt die Allgemeinheit des Gesetzes heraus, womit sich unter anderem die Aufstellung von Detailvorschriften verbietet[3].

Dies führt zu einer Abgrenzung von Gesetzgebungs- und Regierungssphären[4]. Jede von der gesetzgebenden Behörde ausgehende Verordnung ist ein Gesetz[5].

Ist damit eine Unterscheidungsmöglichkeit zwischen Regierungs- und Gesetzgebungssphären gefunden?

Der Ansatz zu einem formellen Gesetzesbegriff ist ein nur scheinbarer. Zachariae steht dem gleichermaßen formelle wie materielle Elemente aufweisenden einheitlichen Gesetzesbegriff des ALR näher[6].

---

1) So Höhn, a.a.O., S. 219.

2) Zachariae, a.a.O., S. 136 ff. Der Vergleich mit Montesquieu, wie ihn Robert von Mohl, Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, Bd. 1, S. 132 zieht, ist demnach berechtigt. Auch Mohls Hinweis an anderer Stelle, a.a.O., S. 274, daß Zachariae ein Anhänger der Gewaltentrennung gewesen sei, ist zutreffend, wenngleich die Trennung nur in zwei Gewalten, in die gesetzgebende und die vollziehende, erfolgt und beide der allgemeinen Gewalt untergeordnet werden.

3) Zachariae, a.a.O., Bd. 3, Buch 21 Hauptstück 4, S.13/14.

4) Zachariae, a.a.O., Bd. 3, Buch 23 Hauptstück 1, S.69.

5) a.a.O., Bd. 3, Buch 21 Hauptstück 4, S.12.

6) Vgl. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S.117.

Das Kriterium, ob eine Verordnung Gesetzescharakter hat, liegt auch nicht in ihrem Erlaß durch den Monarchen. Die Unterzeichnung einer Verfügung durch den Fürsten und sein Befehl, sie im Lande zu publizieren, bilden nach Zachariae[1] nur einen Anhaltspunkt für, nicht aber einen sicheren Schluß auf den Gesetzescharakter der monarchischen Anordnung.

Auch die Auffassung, daß die gesetzgebende Gewalt die Grundsätze aufzustellen habe, die dann von der Regierung zu vollziehen seien, stellt nach Zachariae noch keine rechtliche Scheidelinie zwischen den Gewalten dar[2].

Um dieses Problem zu lösen, nimmt er Zuflucht zum Enumerationsprinzip. Der Aufgabenbereich der Regierung, bei ihm Inhaberin der gesamten Staatsgewalt, umfaßt neben der vollziehenden Gewalt auch Gesetzgebung und Rechtsprechung[3], wird aber durch die Einrichtung einer bestimmten Behörde, die ein von der Regierung unabhängiges Gesetzgebungsrecht besitzt, kompetentiell eingeschränkt[4].

Ob dann die gesetzgebende Gewalt der gesetzgebenden Behörde oder dem Monarchen als Ausfluß seiner Regierungsgewalt zukommt, bleibt eine Frage der positivrechtlichen Regelung.

Die Abgrenzung der Gewalten gegeneinander, die von Zachariae in den Bereich der, wenngleich unabdingbaren, doch ebenso unerreichbaren Idee verwiesen wird[5], ist damit nicht konsequent durchgeführt und macht deshalb auch eine Abgrenzung von Gesetz und Verordnung nicht möglich.

---

1) Vgl. Zachariae, a.a.O., Bd.3, Buch 23 Hauptstück 1,S.69.
2) Zachariae, a.a.O.
3) Zachariae, a.a.O., Bd.3, Buch 23 Hauptstück 1, S.71/72.
4) ders., a.a.O., Bd.3, Buch 23 Hauptstück 1, S.70.
5) Zachariae, a.a.O., Bd.3, Buch 23 Hauptstück 1, S.71/72.

B. Die Lehre von der unsichtbaren Staatspersönlichkeit; Eduard Albrecht

In Ablehnung des naturrechtlichen Staatsbegriffs, der Lehre vom Gesellschaftsvertrag und derjenigen Staatsauffassung, die es nur auf die Beziehung zwischen menschlichen Individuen, also auf das Verhältnis der sichtbaren Herrscherpersönlichkeit zu einzelnen Untertanen abstellt, hat Albrecht den Begriff der unsichtbaren Staatspersönlichkeit herausgestellt. Seinen Staat, bei welchem von den im souveränen Fürstenstaat geltenden Begriffen nur der Machtapparat und die Rechtsgemeinschaft übriggeblieben sind[1], hat er in seiner Rezension über Maurenbrechers "Grundsätze des Staatsrechts" so formuliert: "Wir denken uns heutzutage den Staat nicht als eine Verbindung von Menschen, die lediglich und unmittelbar für individuelle Zwecke und Interessen desselben, sei es aller oder vieler oder auch eines Einzelnen namentlich etwa des Herrschers bezeichnet ist, sondern als ein Gemeinwesen, als eine Anstalt, die, über den Einzelnen stehend, zunächst Zwecken gewidmet ist, die keineswegs bloß die Summe individueller Interessen des Herrschers und der Untertanen, sondern ein höheres, allgemeines Gesamtinteresse bilden, von wo aus erst mittelbar jenen Nahrung, Förderung und Richtung zuteil wird"[2].

War es bei Zachariae das Rechtsgesetz, so ist es bei Albrecht die Rechtsgemeinschaft, welche verselbständigt wird.

---

1) So zutreffend Höhn, Der individualistische Staatsbegriff, S. 221.

2) Eduard Albrecht, Rezension über Maurenbrechers Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts, Darmstadt 1962 (Neudruck) S. 3-4. Diese Rezension wurde erstmals veröffentlicht in Göttingische gelehrte Anzeigen, Nr. 150-152, S. 1489-1515.

Das bisher dominierende "um seiner selbst willen bereohtigt Sein" des Fürsten lehnt Albrecht ab[1]. Er hält es für unmöglich, den Gedanken des Allgemeinwohls weiterhin mit der Person des Fürsten zu verbinden, ohne eine konstruktive Unterscheidung zu machen zwischen dem Fürsten als eines um seiner selbst willen berechtigten und verpflichteten Individuums und seiner Zugehörigkeit zu einer überindividuellen Sphäre, eben dem Staat[2].

Wollte Albrecht damit die Monarchie überhaupt eliminieren? Ein bedeutendes Ereignis im Leben dieses Gelehrten könnte dies vermuten lassen. Da hier die Verkündung einer Lehre mit historischen Geschehnissen zusammenzufallen scheint, sei ein Hinweis auf die Biographie des Autors gestattet.

Albrecht gehörte zu jenen sieben Göttinger Gelehrten, die im Jahre 1837 nach einem schriftlichen Protest gegen den Verfassungsbruch des hannoverschen König Ernst-August durch königliche Verfügung entlassen wurden[3]. Ernst-August hatte am 1. November 1837 das hannoversche Staatsgrundgesetz aus dem Jahre 1833, in dem sich konstitutionelle Tendenzen auf Kosten der ständischen durchgesetzt hatten[4], unter Berufung auf den schon erwähnten Artikel 57 der Wiener Schlußacte für nicht mehr verbindlich erklärt und die Ständeversammlung aufgelöst. Ernst-August faßte die Staats-

---

1) a.a.O., S. 4.

2) a.a.O.

3) Vgl. Rudolf Smend, Die Göttinger Sieben, Göttingen 1951, S. 6 ff. und Hans Krück, Die Göttinger Sieben, Ihre Protestation und ihre Entlassung im Jahre 1837, Berlin 1934, S. 48 ff. Außer Albrecht gehörten zu dieser Bewegung die Gebrüder Wilhelm und Jakob Grimm, der Semitist Heinrich Ewald, der Physiker Wilhelm Weber sowie die Historiker Georg Gottfried Gervinus und Friedrich Christoph Dahlmann, letzterer als Führer der Aktion.

4) Vgl. Smend, a.a.O., S. 11.

gewalt nach wie vor als unveräußerliches Alleinrecht des Herrscherhauses auf[1].

In diesem Protest, der ja auch das Problem aufwarf, ob die Göttinger Professoren als Beamte nicht in Pflichtenkollision zu ihrer Gehorsamspflicht gegenüber dem König gerieten[2], wird Ernst-August des Rechts- und Verfassungsbruchs beschuldigt. Dabei wird deutlich, daß Albrecht den Beamteneid als auf die Verfassung und nicht auf den König geschworen ansieht[3].

Gleichwohl will Albrecht, wie er selbst ausführt, keine "antimonarchische unheilbringende Lehre" verkünden[4]. Zu Recht bemerkt G. Jellinek[5], daß die von Albrecht repräsentierte Richtung auch zur Klärung insoweit beitrug, als monarchisches Prinzip und Souveränität voneinander verschieden sind. Vielmehr stellt er dem Monarchen den aus der Zeit der Fürstensouveränität überkommenen Begriff des Staatsapparats gegenüber. Dieser Apparat wird von ihm als Anstalt, als juristische Person, aufgefaßt, die über die Summe individueller Interessen des Herrschers und der Untertanen hinausgehend, dem höheren allgemeinen Gesamtinteresse dient[6].

---

1) Vgl. Smend, a.a.O., S. 13.

2) Albrecht sieht dabei die Rechtmäßigkeit der königlichen Verfügung ganz in Relation zu ihrer juristischen Berechtigtheit; "Denn was seinem Inhalte, seinem Gegenstande nach, immer mehr die Bedeutung eines Befehls, einer Entscheidung haben kann, wie dieses bey der im Patent ausgesprochenen Aufhebung des Grundgesetzes der Fall ist - kann dieses auch nicht durch den befehlenden und entscheidenden Ton, in dem es abgefaßt ist, erhalten, jene Form ist dabey zwar in sprachlicher, nicht aber in juristischer Hinsicht vorhanden", aus Albrechts Schrift "Die Protestation der sieben Göttinger Professoren, Leipzig 1838, S. 24, zitiert bei Krück, a.a.O., S. 48.

3) Krück, a.a.O., S. 49.

4) Albrecht, Rezension, S. 21.

5) Vgl. G.Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 474.

6) Albrecht, a.a.O., S. 4.

Albrecht hatte keineswegs die Absicht, zur politischen Figur zu werden. Sein Schritt hatte mit Liberalismus nichts zu tun[1]. Er mußte aber getan werden, wollte sich Albrecht nicht in Widerspruch zu seiner eigenen Lehre setzen und sich den Vorwurf der Unglaubwürdigkeit zuziehen.

Albrecht unterteilt die Rechte des Monarchen in dessen Privatrechte und in Rechte des Staates, die er als dessen Organ nicht nach den Regeln des Privatrechts, sondern nach denen der Verfassung auszuüben hat[2]. Damit begegnet Albrecht nicht mehr zeitgemäßen Auswüchsen des Absolutismus, ohne deswegen für die revolutionäre und deshalb gefährliche Volkssouveränität einzutreten.

In diesem "charakteristischen Kompromiß der liberal-konstitutionellen Epoche"[3], die Albrecht zum Gratwandler zwischen Fürsten- und Volkssouveränität macht, kommt zum theoretischen Abschluß, was in der Praxis bereits vollzogen war, der Übergang vom souveränen Fürstenstaat zum konstitutionellen Staat.

Albrechts Bedeutung reicht bis in die heutige Zeit. Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts gibt es kaum eine Erscheinung, die nicht in der juristischen Person des Staates ihren Ursprung fände[4]. Dies gilt insbesondere für den Bereich des

---

1) Dies betont Smend, a.a.O., S. 18.

2) Albrecht, Rezension, S. 20; vgl. hierzu auch G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 473: "Volle Klarheit (in das Verhältnis des Organs zur Staatssouveränität, d.Verf.) hat erst die neuere deutsche Staatsrechtslehre gebracht, deren Grundlagen zuerst Albrecht in seiner epochemachenden Kritik des Maurenbrecher'schen Staatsrechts verkündet hat.

3) Dieser Ausdruck findet sich bei Höhn, a.a.O., S. 225.

4) Zur Bedeutung Albrechts etwa für die Konstruktion des subj.-öffentl. Rechts vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, Allg.Teil, 8.Aufl., München/Berlin 1961, S.170: "Ermöglicht wird die Figur des subj.-öffentl. Rechts erst durch die Vorstellung, daß der Staat eine juristische Person

Verordnungsrechts.

Wenn bei Albrecht auch eine direkte Stellungnahme hierzu fehlt, so schuf doch seine Konstruktion der unsichtbaren Staatspersönlichkeit die Voraussetzungen für eine Gegenüberstellung von Staat und Monarch als selbständige Rechtsträger und damit eine Basis für die in der Staatsrechtswissenschaft der konstitutionellen Epoche so ausgeprägte Auseinandersetzung über die Abgrenzung von Gesetz und Verordnung.

---

darstelle, weil erst durch diesen Gedanken das subj.-öffentl. Recht einen Adressaten und Verpflichteten erhält". Dazu weiter Forsthoff, a.a.O., Anm.4: "Insofern bedeutet Albrechts bekannte Besprechung ..., in welcher sich der Staat als jur. Person angesprochen findet, den ersten Baustein der deutschen Theorie des subj.-öffentl. Rechts".

3. Kapitel

Der Konstitutionalismus

§ 1 Die Epoche des Konstitutionalismus bis zum Beginn des staatsrechtlichen Positivismus. Von der materiellen zur formellen Rechtsstaatsauffassung.

Um die Mitte des 19. Jahrhunderts war in allen Territorialstaaten der Absolutismus durch den Konstitutionalismus verdrängt worden. Die Annahme der Reichsverfassung durch den deutschen Reichstag im Jahre 1871 bildete einen Höhepunkt konstitutionalistischer Bestrebungen.

Die Auffassung von der Staatssouveränität mit dem Staat als eigener Persönlichkeit hatte sich durchgesetzt[1]. Folgerichtig verlagert sich nunmehr die Problemstellung mehr darauf, wem in diesem Staate die Herrschergewalt zufallen sollte. Wenn auch - soviel kann vorweggenommen werden - das monarchische Prinzip dominierte[2], so war damit noch nicht der Umfang der Herrschergewalt des Staatsoberhauptes festgelegt.

Mit dem Auftauchen der Begriffe Gesetz und Verordnung in den Verfassungen ist die Suche nach deren Begriffsbestimmung verbunden. Zu keiner Zeit vorher hat man sich in

---

1) Robert von Mohl, Enzyklopädie der Staatswissenschaften, 2. Aufl., Freiburg/Tübingen 1872, S. 423 ff. spricht ausdrücklich von einem "Souveränitätsbegriff des Staates" und erläutert dessen Umfang in sechs Punkten. Hierbei wird u.a. von dem Recht des Staates gesprochen, sich seine eigene Regierungsform zu wählen. Vgl. auch G.Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 195: "Die Erfassung des Staates als Person ist der Grund und Eckstein des Staatsrechtes", sowie S. 196/197: "Er herrscht aus sich selbst und weist die Merkmale der Souveränität auf".

2) Vgl. hierzu Schnabel, Deutsche Geschichte, Bd. 2, 2.Aufl., S. 83.

Deutschland derartig mit diesem Problem beschäftigt.

Bietet die Frage nach der Staatsgewalt auch den theoretischen Ansatzpunkt für eine Darstellung des Verordnungsrechts, so ist deren Wesen damit noch nicht ausreichend erkannt und bestimmt. Steht doch die Verordnung als Werkzeug der Verwaltung mehr noch als das Gesetz in einer Wechselbeziehung zur praktischen Wirklichkeit. So zeigt sich die Verordnung in ihrer Behandlung durch die Staatsrechtsliteratur des 19. Jahrhunderts bis zu den Anfängen des Positivismus als Objekt zweier großer Gruppen von Staatsrechtslehrern, jenen, die vernunftrechtlich orientiert und mit einem vorgefaßten Staatsbegriff ausgerüstet, die Grundzüge des Verordnungsrechts dieser Staatsvorstellung anpassen wollen und jenen, die vor allem aus gesellschaftlichen Zusammenhängen induktiv einen Staatsbegriff formen und auch ihren Verordnungsbegriff an den Bereichen der staatlichen Möglichkeit messen.

Böckenförde hat treffend den methodischen Unterschied zwischen beiden Gruppen herausgestellt, wenn er ausführt[1], daß die Anhänger der liberalen Rechtsstaatstheorie maßgebend, d.h. aktiv im Verhältnis zur staatlichen Wirklichkeit sind, während sich die Theoretiker von Staat und Gesellschaft zur staatlichen Wirklichkeit maßempfangend, d.h. rezeptiv verhalten.

Beiden Richtungen ist jedoch, und darin liegt vor allem das Bedeutende und Neue dieser Epoche des Staatsrechts, Sachbezogenheit und Ausrichtung auf die Dinge in ihrer Gesamtheit und Zweckbezogenheit gemeinsam.[2]

---

1) Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S.127/128.
2) Ders., a.a.O.

I. Die liberale Rechtsstaatstheorie

A. Johann Christian Freiherr von Aretin

Als Vorläufer Robert von Mohls, des wohl bedeutendsten Theoretikers auf dem Gebiet der liberalen Rechtsstaatstheorie, ist Johann Christian Freiherr von Aretin zu nennen. In der Tradition des Vernunftrechts wurzelnd, bildet sein "Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie"[1] eine Interpretation des Konstitutionalismus mehr in Form eines Postulats, denn als Darstellung des geltenden Verfassungsrechts.

Dies kommt bereits in einem frühen Werk, den "Abhandlungen" zum Ausdruck, wo es heißt: "Bei dem heftigen Kampf der frischen Gebilde des Zeitalters mit den Mumien des Herkommens mußte unter den letzteren notwendig auch das Institut der alten Landstände an die Reihe kommen. Es ist eine traurige Erscheinung, wenn ächt liberalen und zum wahren Wohl des Volkes gereichenden Verführungen der Regierungsgewalt die blinde Macht einer eigensinnigen Observanz entgegengesetzt wird"[2].

Wer in diesen Worten nach Ansätzen der Volkssouveränität sucht, sieht sich indes getäuscht. Piloty[3] stellt fest, daß seine Nationalrepräsentation im Grunde doch nur eine Vertretung des Grundbesitzes und eine konstitutionelle Form der Beratung und nicht der Mitbestimmung, d.h. eine Scheinrepräsentation nach Art der napoleonischen Verfassungen jener Zeit gewesen sei.

---

1) Das durch Carl von Rotteck nach dem Tode Aretins (1824) vollendete Werk erschien 1824-1828 in Altenburg, es erlebte 1838-1840 eine 2.Auflage. Die Zitate sind der 1.Auflage entnommen.

2) Chr. Freiherr von Aretin, Abhandlungen über wichtige Gegenstände der Staatsverfassungen und Staatsverwaltungen mit besonderer Rücksicht auf Bayern, München 1816,S.34/35.

3) Robert Piloty, Ein Jahrhundert bayerischer Staatsrechtsliteratur, Festgabe für Paul Laband, Tübingen 1908,S.231.

So wird bei Aretin dem Monarchen eine dominierende Stellung eingeräumt. Seiner Auffassung nach ist die konstitutionelle Monarchie das geeignete Mittel, die Interessensphären von Monarch und Staatsbürgern zu koordinieren[1], ob nun eine Verfassung schriftlich aufgezeichnet ist oder nicht.

Dieses Einstehen für das "rein monarchische Prinzip"[2] geht Hand in Hand mit der Forderung nach einer Einheit der Staatsgewalt[3]. Sie ist diejenige Gewalt, die dem Monarchen zur Aufrechterhaltung des Gesetzeszustandes, der Sorge für Sicherheit und Freiheit übertragen ist. In diesem Bereich ist die Gewalt des Monarchen unbeschränkt[4].

Die Übertragung der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz auf das Volk erscheint ihm höchst verwerflich[5]. "Wenn wir nun dieser Repräsentation die Gesetzgebung ausschließlich übertragen wollen, so verletzen wir die Gewalt des Monarchen im Prinzip und in der Tat selbst. Im Prinzip, weil der Monarch ohne Gesetzgebung eine Gewalt ohne Willen, einen Arm ohne Kopf vorstellen und zur Maschine herabsinken würde"[6].

---

1) "Die konstitutionelle Monarchie ist diejenige Alleinherrschaft, gemäß welcher ein Monarch mit dem Rechte der Vererbung der Krone nach den Vorschriften des Gesamtwillens regiert, dieselben seyen nun schriftlich aufgezeichnet oder nicht. Sie löst das große Problem, wie die notwendige Gewalt der Regierung mit der möglichsten Freiheit der Staatsbürger zu vereinen sei", Aretin, Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie, S. 164.

2) Vgl. v. Inama in A.D.B. Bd.1, S.519; in diesem Sinne auch Erwein Freiherr von Aretin, Chr. Frhr. von Aretin, ein Lebensbild aus der Zeit des Ministers Montgelas in Gelbe Hefte, 3. Jahrgang, 1. Halbband, München 1926, S. 321.

3) Aretin, a.a.O., S. 173: "Es kann nur eine Staatsgewalt geben, denn sobald es zwei oder mehrere solche Gewalten gäbe, so müßten dieselben entweder einander gleich, oder eine davon müßte die stärkere sein".

4) Aretin, a.a.O., S. 173/174.

5) Aretin, Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie,S.176.

6) Aretin, a.a.O., S. 175.

Dieser, gegenüber den in den Abhandlungen zu findenden Ideen scheinbar zu verzeichnende Konservatismus wird von Piloty auf den Einfluß der Wiener Schlußakte, die bayerische Verfassungsurkunde von 1818 und die württembergische Verfassungsurkunde von 1819 zurückgeführt. Hierdurch mußte Aretin zu der Überzeugung gelangen, daß der positive Konstitutionalismus zu wirksamerer Durchsetzung der Volksrechte gelangte, als sein theoretischer[1].

Der Gewaltentrennung steht Aretin ablehnend gegenüber[2]. Unter Berufung auf Sieyès sieht er in der Gewaltentrennung die Verwirklichung der Anarchie[3]. Als ideelle Lösung schwebt ihm ein Staatsvertrag vor, in dem der Monarch an die Mitwirkung der Volksvertretung gebunden ist.

Diese Mitwirkung will Aretin dadurch verwirklicht sehen, daß die Staatsbürger ihre Rechte an der Gesetzgebung und Besteuerung "durch Vorschläge oder Verweigerung" wahrnehmen[4]. Die Volksvertretung soll möglichst wirksam alle Interessen repräsentieren: "Alle Elemente der Kraft und des Wohlstandes der Nation, Grund- und Kapitalbesitz, Kunst- und Gewerbefleiß, Sittlichkeit, Einsicht und Geistesbildung" sollen repräsentiert werden.[5]

---

1) Piloty, Laband-Festgabe, S. 233; die Vermutung Pilotys trifft zu, nimmt doch Aretin selbst in seinen Ausführungen zum konstitutionellen Monarchen auf diese Verfassungen Bezug. Vgl. Aretin, a.a.O., S. 181, Anm. 1.

2) Aretin, a.a.O., S. 86 ff., 168 ff.; hierzu auch Piloty, a.a.O., S. 234: "Die Einheit des Staates, seines Zweckes und seiner Gewalt ist die Hauptthesis, für die er kämpfte und die ihn bestimmte, sich als entschiedenen Gegner der Volkssouveränität und der Gewaltentrennung zu behaupten".

3) Aretin, a.a.O., S. 174, Anm. 1.

4) Aretin, a.a.O., S. 165.

5) a.a.O.

Die Repräsentativversammlung kommt durch freie Wahl der von Zeit zu Zeit neu zu wählenden Volksvertreter zustande[1]. Sie besteht aus zwei Kammern, deren eine die Interessen des Adels und seiner Vorrechte, die andere die "demokratischen" Interessen vertritt, die für Aretin in der persönlichen Sicherheit, der Sicherheit des Eigentums, der Freiheit und Gleichheit vor dem Gesetz und der Gewissens- und Meinungsfreiheit liegen[2].

Von einer ausschließlichen Übertragung der Gesetzgebung auf die Volksvertretung kann jedoch keine Rede sein; sie wird von Aretin als "höchst verwerflich" abgelehnt[3]. Die Mitwirkung der Volksvertretung beschränkt sich auf das Erfordernis ihrer Zustimmung zu Gesetzen, die in die vorgenannten Rechte eingreifen bzw. auf ein Vorschlagsrecht zur Verbesserung der Gesetze in diesem Bereich[4].

In der Feststellung, "daß die öffentliche Freiheit nicht durch Trennung der Gewalten, sondern vielmehr durch Vereinigung und Beschränkung derselben am besten erreicht wird"[5], gelangt Aretin dann aber, wenn auch nicht zu einer Trennung der Funktionen, so doch zu einer inneren Gewaltengliederung[6].

Die vollziehende Gewalt des Königs will er nicht auf die potestas executiva beschränkt wissen[7]. Er begründet dies

---

1) a.a.O.
2) Vgl. Aretin, a.a.O., S. 154 ff., insbes. S. 159.
3) Aretin, a.a.O., S. 176.
4) a.a.O.
5) Aretin, Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie, S. 107.
6) Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S.114/115.
7) Aretin, a.a.O., S. 178.

einerseits damit, daß der König für seine Person unverletzlich, die Minister hingegen für die Beobachtung der Verfassung der Volksvertretung voll verantwortlich seien. Die zahlreichen Königsrechte wie Titelverleihung, Begnadigungsrecht, Münzhoheit, Kriegserklärung etc- sind für ihn mehr als nur Ausfluß der vollziehenden Gewalt.

Das Recht, Verordnungen zu erlassen, zählt Aretin zu den Regierungsrechten und leitet es aus dem Wesen der Vollziehung ab[1]. Zu einer Abgrenzung zwischen einem Verordnungsrecht extra und intra legem kommt es wegen des Fehlens verschiedener Funktionsträger nicht. Wenn hier von Verordnungen die Rede ist, so sind darunter nur Vollzugsvorschriften zu verstehen.

Bei Aretin findet sich noch die für die Theoretiker des liberalen Rechtsstaats typische Tendenz, aus Furcht vor einer Unterjochung der Gesetzgebung durch die Vollziehung die Verordnungskompetenz zugunsten des Gesetzes möglichst einzuschränken, eine Tendenz, die man mit dem Schlagwort "Garantien der Verfassung" zu untermauern suchte[2].

Damit erweist sich insbesondere zu diesem Problem der mehrfach gegenüber Aretin erhobene Vorwurf des Formalismus und der zu abstrakten Betrachtungsweise als berechtigt[3]. Mit diesem Sinn für das Formale paart sich bei Aretin häufig eine erstaunliche Weltfremdheit und Freude am Theoretisch-pädagogischen, wofür etwa der Plan, seinen bayerischen

---

1) Aretin, a.a.O., S. 185, 187, 189 Anm. 15.

2) Vgl. Lorenz von Stein, Verwaltungslehre, 2. Aufl., Bd.1, Die Lehre von der vollziehenden Gewalt, Stuttgart 1869, S. 81.

3) Vgl. etwa Inama in A.D.B. Bd.1, S. 519; Robert von Mohl, Geschichte, Bd. 1, S. 301; Karl Otmar Freiherr von Aretin in N.D.B. Bd.1, S. 348.

Landsleuten durch Herausgabe patriotischer Spielkarten ein neues Staatsbewußtsein zu vermitteln, symptomatisch ist[1].

So liegt sein Verdienst weniger in einer erschöpfenden und befriedigenden Darstellung des konstitutionellen Staatsrechts als darin, durch sein Werk erheblich zur Verbreitung der Kenntnis vom konstitutionellen Staat in Deutschland beigetragen[2] und, mehr negativ unter dem Gesichtspunkt der Abwehr von Rückschritten betrachtet, der Wiederbelebung landständischer Ideen entgegengewirkt zu haben.

B. Robert von Mohl

In seiner "Geschichte der Literatur- und Staatswissenschaften"[3] erklärt Robert von Mohl seine Gegnerschaft gegenüber den Anhängern der Fürstensouveränität. Maurenbrechers Auffassung von der Souveränität als dem Privateigentum des Fürsten mache den Staat zum Gegenstand der Ausübung dieses Rechtes. Sie erscheint ihm "durch und durch als Täuschung und Verkehrtheit"[4].

---

1) Aretin hatte den Gedanken, die kartenspielenden Bauern durch symbolische Darstellungen der Wohltaten eines geordneten Staatswesens zu begeistern. So wiesen im deutschen Kartenspiel die vier Zehner allegorische Figuren auf, die die Gleichheit vor dem Gesetz, die Gewissensfreiheit, die Pressefreiheit und die Steuergleichheit darstellen sollten. Vgl. hierzu Erwein Freiherr von Aretin, a.a.O., S. 323.

2) So Robert von Mohl, Geschichte, S. 302; vgl. auch das positive Urteil über Aretin bei Erich Angermann, Robert von Mohl, Neuwied 1962, S. 104/106.

3) Robert von Mohl, Die Geschichte der Literatur- und Staatswissenschaften, Bd. 1-3, Erlangen 1855, hier Bd.1, S. 302.

4) Robert von Mohl, Geschichte, S. 302; kritisch bemerkt Erich Angermann, a.a.O., S. 80 zur "Geschichte": "Diese Geschichte ist ein Sammelwerk alten Stils, sicher eine unvergleichliche Fundgrube selbst entlegenen Materials, aber auch darunter einer solchen Menge unbrauchbaren Gerümpels, daß oft der Blick auf das wesentliche verstellt ist".

Der Staatsbegriff Mohls ist historisch-soziologisch geprägt. Vernunftrechtliche Traditionen werden erkennbar, wenn er im Staate die mächtige Verbindung sieht zwischen der Unzulänglichkeit gesellschaftlicher Vereinigungen und dem Bedürfnis einer Ordnung und Rechtserhaltung unter demselben[1]. Vernunftrechtlich folgerichtig ist der Staat nicht Selbstzweck, sondern hat, nach Mohl, eine doppelte Aufgabe zu erfüllen:

1. Aufrechterhaltung der Rechtsordnung im ganzen Bereich der Staatskraft, als ein Bedürfnis und ein Gut an sich und als die Bedingung alles weiteren.
2. Die Unterstützung vernünftiger und menschlicher Zwecke, wo und insoweit die eigenen Mittel der einzelnen oder der bereits zu kleineren Kreisen vereinigten Beteiligten nicht ausreichen[2].

Böckenförde bringt dies unter Berufung auf Hegel und Gneist auf die passende Formel vom Staat als "Abschluß und Instrument der Gesellschaft"[3].

Für Mohl sind die erwähnten Kriterien nicht nur Merkmale seines Staatsbegriffs, sondern gleichzeitig auch die Elemente des Rechtsstaates[4]. Mohls Rechtsstaat hat wenig Berührungspunkte mit dem Rechtsstaat im materiellen Sinne, dessen Aufgabe darin besteht, die Rechte der Einzelnen zu schützen[5]. Vielmehr geht es ihm um eine Verwirklichung

---

1) Mohl, Enzyklopädie der Staatswissenschaften, 2. Aufl., Freiburg/Tübingen 1872, S. 325.

2) a.a.O.; vgl. auch Magdalena Klein, Robert von Mohls Beitrag zur Entwicklung des modernen Polizeibegriffs, Erlangen 1949, S. 53: "Der Gedanke, daß der Staat um der Bürger willen und nicht um seiner selbst willen da ist ... läßt deutlich den Einfluß der Aufklärung erkennen".

3) Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 180.

4) Mohl, Enzyklopädie, S. 326: "Diese Staatsgattung trägt den Namen Rechtsstaat".

5) Magdalena Klein, a.a.O., S. 31.

des Rechtsstaats im formellen Sinne[1], dessen Wesen darin bestehen soll, "daß er die vom Volk als Lebenszweck des Einzelnen und der Gesamtheit anerkannte Entwicklung aller natürlichen Kräfte schützt und fördert"[2].

Bevor Mohl in der "Enzyklopädie" die Ergebnisse der Vorlesungen aus drei Jahrzehnten zusammenstellte[3], hatte er seine Konzeption des Rechtsstaates bereits in seiner "Polizeiwissenschaft" niedergelegt, jenem Werk, das unter seinen Arbeiten die größte Breitenwirkung ausgeübt hat und das die Grundlage aller weiteren Beiträge Mohls zur Staatswissenschaft bildete[4]. In der Polizeiwissenschaft ist bereits ausgeführt, daß der Staat keineswegs an die Stelle des Volkslebens tritt, sondern daß er nur als ein Mittel zu dessen Ausbildung aufgefaßt werden kann[5].

Eine bestimmte Regierungsform scheint ihm bei dieser Staatsgattung weder aus inneren noch aus äußeren Gründen geboten oder ausschließlich möglich[6]. Mohls Rechtsstaat kann auch eine Monarchie sein, absolut oder durch Feudalstände oder eine moderne Volksvertretung beschränkt[7].

Diese Auffassung verwundert nicht, ging man doch bereits Anfang des 19. Jahrhunderts in Frankreich im Bereich des

---

1) So Angermann, Robert von Mohl, S. 128; M. Klein, a.a.O.

2) So Ernst Meier, Robert von Mohl, in Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 34. Jahrg., 3. Heft, Tübingen 1878, S. 517.

3) Die "Enzyklopädie" und das 1862 erschienene Werk "Staatsrecht, Völkerrecht, Politik" sind lediglich Sammelwerke, vgl. Angermann, a.a.O., S. 81; ebenso E. Meier, a.a.O., S. 514.

4) So Angermann, a.a.O., S. 118.

5) Robert von Mohl, Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 1. Bd., 1. Aufl., 1832, S.7/8.

6) Vgl. Angermann, Robert von Mohl, a.a.O.: "Mohl betrachtet entsprechend seiner ganzen Auffassung vom Rechtsstaat diesen nicht als an eine bestimmte Staatsform gebunden".

7) Vgl. E. Meier, Robert von Mohl, S. 517.

positiven Verfassungsrechts von der Theorie der Gewaltentrennung ab[1]. Auch von den deutschen Verfassungen weist keine die Anzeichen Montesquieu'scher Ideen auf.

Für Mohl geschieht die Aufgabe des Gedankens der Gewaltentrennung nicht aus einem besonderen Interesse an der Schmälerung der Volksrechte, "sondern es war die Folge teils einer richtigeren theoretischen Auffassung der Staatsgewalt, teils der vielfachen üblen Erfahrung von der Unhaltbarkeit der nach den bisherigen Theorien entworfenen Staatseinrichtungen"[2]. Eine nähere Begründung hierfür bleibt er allerdings schuldig. Offensichtlich ist das monarchische Prinzip ein zu stark bestimmender Faktor in seinen staatsrechtlichen Vorstellungen. Berücksichtigt man Mohls württembergische Herkunft, so wird dies leicht verständlich. Nach § 4 der württembergischen Verfassung von 1819 ist der König das Haupt des Staates und vereinigt in sich alle Staatsgewalt. In seinem "Staatsrecht des Königreichs Württemberg" bricht er eine Lanze für das monarchische Prinzip[3].

---

1) So kennt z.B. die französische Charte von 1814 nur eine Reichsgewalt als Ganzes. Vgl. hierzu auch Georges Burdeau, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 10. Aufl., Paris 1963, S. 284 ff. über die "pouvoirs publics" der von Louis XVIII oktroyierten Verfassung, hier über den Umfang der königlichen Gewalt: "A lui seul, dit l'article 13, appartient le pouvoir exécutif. C'est donc l'organe prépondérant. Non seulement il a toutes les prérogatives de l'exécutif: pouvoir réglémentaire, droit de déclarer la guerre et de conclure les traités sans ratification, mais encore il participe dans une très large mesure à l'exercice du pouvoir législatif. D'abord c'est àlui seul qu'appartient l'initiative législative; les Chambres ne peuvent que le "supplier" de proposer un projet. Ensuite, il a la sanction de la loi, c'est à dire que celle-ci ne devient valable que par son acceptation qu'il peut refuser indéfiniment." Die Staatsrechtslehre der damaligen Zeit wie Langunais oder Paillet stand noch ganz unter dem Einfluß der Revolutionsverfassungen des ausgehenden 18.Jahrhunderts und versuchte ein Höchstmaß revolutionärer Volksrechte in die Verfassungen des 19. Jahrhunderts hinüberzuretten, vgl. hierzu Mohl, Geschichte, Bd. 3, S. 155 ff.

2) Mohl, Geschichte, Bd. 1, S. 282.

3) Robert von Mohl, Staatsrecht des Königreichs Württemberg,

Zwar anerkennt Mohl die Einschränkung der königlichen Gewalt durch die Verfassung, doch wird nach seiner Auffassung durch die Befugnisse der Volksvertreter nicht die rechtliche Stellung des Königs als Staatsoberhaupt beeinträchtigt. Dabei wird von anderen Vertretern dieser Richtung durchaus eingeräumt, daß das Volk als der ursprüngliche Träger der Staatsgewalt, diese dem König später übertragen hat[1], im Gegensatz etwa zu Maurenbrechers Idee vom patrimonialen Staate.

Ein Mitregierungsrecht der Stände besteht nicht. Sie haben nur einen Mißbrauch der königlichen Regierungsgewalt zu verhindern[2]. Diese letzte Folgerung, die sich auch bei Aretin[3] findet, scheint nicht ganz logisch. Wenn die Volksvertretung imstande ist, Regierungsmißbräuche zu verhindern, so regiert sie auch indirekt mit, denn sie grenzt die Regierungsgewalt mindestens zum Negativen hin ab. Diese einschränkende Würdigung der ständischen Gewalt hat ihren Ursprung wohl in dem Umstand, daß es nach Auffassung der damaligen Staatsrechtslehre nur eine Staatsgewalt geben kann[4]. Die Verletzung des Staatszwecks bildet die Grenze

---

Bd. 1, Tübingen 1829, S. 186: "Übrigens ist es einleuchtend, daß, auf welche letzte Ursache man auch die königliche Gewalt rechtlich gründen will, die Tatsache immer bestehen kann, daß der König alle Rechte der Staatsgewalt in sich vereinigt".

1) Vgl. z.B. Aretin, Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie, S. 166. Dieser Gedanke wird von Mohl, Enzyklopädie, S. 117 ohne nähere Begründung abgelehnt. Ebenso verwirft er den Gedanken der Volkssouveränität,a.a.O.

2) Mohl, Staatsrecht des Königreichs Württemberg, S. 186.

3) Aretin, a.a.O., S. 166 ff.

4) Aretin, Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie, S. 166 ff.: "Gäbe es zwei Staatsgewalten, so wäre Kampf die Folge".

der Staats- resp. monarchischen Gewalt. Daß der Staatszweck mit seinen Postulaten von Ordnung und Freiheit des Bürgers äußerst interpretationsfähig ist, wird infolge der festgefügten Anschauungen zu diesen Begriffen damals als nicht sonderlich gravierend empfunden worden sein.

Auch die Gesetzgebungskompetenz des Königs wird aus der württembergischen Verfassung, § 88, hergeleitet[1]. Der Inhaber der Staatsgewalt muß nach Ansicht Mohls beim Erlaß von Gesetzen wenigstens soweit mitwirken, daß nichts seinem bestimmten Willen zuwiderlaufendes festgestellt werden kann, andernfalls seien Widersprüche in Gesetzgebung und Ausführung der Gesetze unausweichlich.

Welche Stellung nimmt nun Mohl hinsichtlich des Verordnungsrechts ein?

Im 2. Band seines Werkes "Staatsrecht, Völkerrecht und Politik" unterscheidet er drei Gruppen von Gesetzen[2].

1) Gesetze, die die Grundlage bilden für alles Recht im Staate, die Verfassungsnormen.

2) Einfache Gesetze. Sie "erzeugen immerhin auch Recht, sind sogar die gewöhnliche Quelle der Rechtseinzelheiten", dürfen jedoch nicht in Widerspruch zu den in 1. genannten Verfassungsgesetzen stehen. Sie ergehen mit Zustimmung der Ständeversammlung[3]

3) Die Verordnungen. Diese dritte Art der Gesetze gibt "kein neues Recht", sondern "ordnet nur das von den beiden höheren Arten erzeugte. Sie macht die Rechtsordnung nur handbar".

---

1) Der Wortlaut des § 88 württembergische Verfassung ist folgender: "Ohne Beistimmung der Stände kann kein Gesetz gegeben, aufgehoben, abgeändert oder authentisch erläutert werden".

2) Robert von Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht, Politik, 2. Bd., Politik, Tübingen 1862, S. 404 ff.

3) Zur Frage, was geschieht, falls die Ständeversammlung nicht zustimmt, äußert sich Mohl nicht.

Mohl verkennt nicht, daß die Verordnungen streng genommen in die Gruppe der Gesetze, d.h. der vom Staate ausgehenden Rechtsfeststellungen gar nicht hineingehören[1]. Die noch nicht geläufige Unterscheidung von Gesetz im formellen und materiellen Sinne[2] erzeugt das Dilemma zwischen der dogmatischen Einordnung der Verordnung und ihrer Bedeutung in der Praxis, da, wie Mohl ausführt, "durch sie die Ausführbarkeit der Gesetze erst vermittelt wird"[3]. Zwar enthalten die Verordnungen seiner Auffassung nach keine neuen Rechtssätze, aber sie ergänzen und verbinden die bestehenden und sind zu einer vollständigen Rechtsordnung unentbehrlich.

Durch die Einbeziehung der Verordnungen in die Gruppe der Gesetze siegt bei Mohl der Rechtspolitiker über den Rechtsdogmatiker.

Da die gesamte Rechtsetzung den in 2) genannten Gesetzen vorbehalten ist, wäre die Exekutive auf die Ausführung und Anwendung des Rechts beschränkt. Böckenförde[4] hat bereits zutreffend dargelegt, daß Mohl diesen eingeengten Verordnungsbegriff in der Praxis speziell des Polizeiverordnungsrechtes nicht beibehält.

---

1) Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht, Politik, 2. Bd., S. 405.

2) Der Unterschied zwischen Gesetz und Verordnung nach seiner materiellen (Freiheit und Eigentum) als auch nach seiner formalen Seite (Zustimmung der Volksvertretung) war zwar, wie Angermann, a.a.O., S. 145, richtig bemerkt, damals schon bekannt, eine systematische Darstellung erfuhr er aber erst später bei Laband, s.u. 4.Kap. I, B.1; insoweit unzutreffend G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 368, wonach Mohl, Gesetz und Verordnung bereits im Sinne des dualistischen Gesetzesbegriffes abgegrenzt habe.

3) Mohl, a.a.O. Das entspricht vollkommen der damals im Liberalismus herrschenden Meinung, daß die Regierungstätigkeit sich in der bloßen Ausführung der Gesetze erschöpfe, so Angermann, a.a.O., S. 147.

4) a.a.O., S. 181, 185, 186.

Während Mohl zunächst die Verordnungen als Befehle definiert, welche keine neue Rechtsbestimmung vornehmen, sondern nur die alten (Rechtsbestimmungen) sichern und ins Leben rufen soll[1], dehnt er den Verordnungsbegriff an anderer Stelle weiter aus[2]. Die Verordnung kann danach folgendes enthalten:

a. Detailvorschriften, welche das Gesetz als zu weitläufig, unbedeutend oder veränderlich nicht gegeben hat, sondern zu denen es nur die leitenden Grundsätze enthält.

Während diese Definition der Verordnung über den Begriff der Vollzugsanordnung hinausgeht, halten sich die unter b. bis c. angeführten Verordnungen im Rahmen des reinen Vollzugs der Gesetze:

b. Die Anordnung der Anstalten, welche die Ausführung der Gesetze erfordert, z.B. die Errichtung neuer Staatsbehörden etc.

c. Die Bestimmung des Geschäftsganges und Geschäftsbetriebes bei den verschiedenen Behörden, welchen die Vollziehung der Gesetze obliegt.

d. Jede Anordnung der Staatsgewalt überhaupt, welche den Rechtszustand der Bürger nicht berührt etc.

Letztere Anordnungen sind verwaltungsinterner Natur und entfalten keine Außenwirkung.

Weiter steht dem König ein Sicherheitsverordnungsrecht, gestützt auf § 89 der württembergischen Verfassung zu[3].

---

1) Mohl, Staatsrecht des Königreichs Württemberg, S. 195; demnach haben sich die Verordnungen auf den Vollzug der Gesetze zu beschränken.

2) Mohl, a.a.O., S. 199.

3) § 89 der württembergischen Verfassung lautet: "Der König hat aber das Recht, ohne die Mitwirkung der Stände die zur Vollstreckung und Handhabung erforderlichen Verordnungen und Anstalten zu treffen und in dringenden Fällen zur Sicherheit des Staates das Nötige vorzukehren".

Da es sich hier in Wahrheit um eine Maßregel auf dem Gebiet der Gesetzgebung und nur um ein Provisorium bis zum nächsten Zusammentritt der Volksversammlung handelt[1], ist die Sicherheitsverordnung für das angeschnittene Problem nicht von Bedeutung.

Die Entscheidung für oder gegen ein selbständiges Verordnungsrecht, d.h. eines Verordnungsrechts extra legem fällt, wie schon angedeutet, auf dem Gebiet des Polizeirechtes. Soll sich auch hier die Verordnung innerhalb des vom Gesetz vorgeschriebenen Rahmens halten?

Mohls in der "Polizeiwissenschaft" vorgetragene Auffassung "hinsichtlich des Erlasses von verbindlichen Normen über polizeiliche Gegenstände", welche beinhaltet, daß bei Erlaß dieser Normen keine anderen formellen Bestimmungen erforderlich seien als bei den übrigen Zweigen der Staatsverwaltung[2], scheint dies zu bestätigen. Allein, die im Polizeirecht[3] zu ordnende, vor allem von der politischen Praxis geprägte Materie, verlangt eine flexiblere und differenziertere Handhabung des Verordnungsrechts. Mohl verschließt sich dem nicht, wenn er ausführt, "je mehr die Polizeigesetze dazu bestimmt sind, die unzähligen Bedürfnisse des vielgestaltigen Lebens zu befriedigen, desto weniger ist es möglich oder wenigstens zweckmäßig, mit ihren Bestimmungen ins Einzelne zu gehen"[4].

So versteht es sich von selbst, daß man sich in Gesetzen mit Grundzügen begnügen muß, die Durchführung der Gesetze im einzelnen aber den Verordnungen überlassen ist.

---

1) Mohl, Staatsrecht des Königreichs Württemberg, S. 199.

2) Robert von Mohl, Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 3. Aufl., Tübingen 1866, Bd.1, S. 43.

3) Polizei ist für Mohl noch gleichbedeutend mit innerer Verwaltung. Vgl. Böckenförde, a.a.O., S. 185, Anm. 33 a.

4) Mohl, Polizeiwissenschaft, 3. Aufl., Bd. 1, S. 45.

Bewegen sich diese Verordnungen noch intra legem, so tritt Mohl in seinen weiteren Ausführungen für ein selbständiges Verordnungsrecht ein. Er führt dazu aus: "Sodann aber tritt das Bedürfnis, auch selbständige somit sich nicht an ein Gesetz anlehnende Äußerungen des Staatswillens ohne Anwendung der Organe der Gesetzgebung gültig zustandezubringen, im Gebiet der polizeilichen Wirksamkeit auf"[1].

Keinesfalls darf dies im Sinne eines Notverordnungsrechts verstanden werden. Dieses selbständige Verordnungsrecht wird als ordentliches und verfassungsgemäßes Verfahren angesehen, welches auch dann zum Zuge kommt, wenn das Gesetzgebungsorgan einsatzbereit ist.

Ein derartiges Verordnungsrecht ist aber einmal dann ausgeschlossen, wenn über ein Rechtsverhältnis etwas Neues, sei es ausdehnend oder beschränkend, festgestellt werden soll[2]. Weiter ist ein Doppeltes zu unterscheiden, welches einen Vorrang der Gesetzgebung begründet:

Kriterium ist die Einwirkung der polizeilichen Normen auf die Rechtssphäre des Bürgers. Hiernach gehören alle Polizeiverfügungen und Anstalten, welche für den ganzen, nicht nur den örtlichen Staatsbereich Zwangsgewalt haben sollen, in den Bereich der Gesetzgebung[3]. Schließlich liegt auch in der "Größe" der durch eine polizeiliche Anordnung berührten Interessen ein Grund für die Beteiligung sämtlicher verfassungsmäßiger Organe des Staatswillens[4].

Für den Begriff der Größe oder der Wichtigkeit einer Maßnahme fehlen aber, wie Mohl einräumt, die Abgrenzungsmerkmale. Ein solcher Fall appelliert eben an eine verständige

---

1) a.a.O., vgl. hierzu auch S. 47.
2) Mohl, a.a.O., S. 46.
3) Mohl, Polizeiwissenschaft, S. 46.
4) Mohl, a.a.O.

und wohlgemeinte Entscheidung[1]. Das Risiko der sich aus der Unvollkommenheit der Verfassung ergebenden Streitigkeiten muß um der Aufrechterhaltung des richtigen Prinzips willen übernommen werden.

Aufgrund dieser Abgrenzung lassen sich bei Mohl zwei Verordnungsbegriffe erkennen, ein sich auf die Vollzugsverordnung intra legem beschränkender, aus § 89 der württembergischen Verfassung hergeleiteter, eingeschränkter Verordnungsbegriff, sowie ein an der Praxis orientierter ausgedehnter Begriff der extra legem stehenden selbständigen Verordnung.

In seiner Enzyklopädie der Staatswissenschaften verallgemeinert Mohl diese zunächst nur auf das Polizeirecht beschränkte Einteilung in Vollzugs- und selbständige Verordnungen[2].

Insoweit ist es unzutreffend, wenn Anschütz Mohl ohne Einschränkung zu den Vertretern des Verordnungsrechts intra legem zählt[3]. Bei alleiniger Berufung auf Mohls Staats-

---

1) Mohl, a.a.O., S. 47, Anm. 3: "Nicht alles im Staate läßt sich in feststehende Formen pressen, der Mensch mit Verstand und Gewissen behält immer auch noch Rechte und Pflichten". Man darf annehmen, daß Mohl, wenn er es auch nicht ausdrücklich erwähnt, in Anbetracht der damals üblichen Auffassung ein Gesetz dann für erforderlich hält, wenn Eingriffe in die Freiheits- und Eigentumssphäre der Bürger infrage stehen, vgl. hierzu M.Klein, Robert von Mohl, S. 31; in diesem Sinne auch Angermann, a.a.O., S. 143.

2) Mohl, Enzyklopädie, S. 146; er verweist dort unter Anmerkung 3 auf die "Polizeiwissenschaft", S. 45. Zutreffend weist Angermann, a.a.O., S. 148, darauf hin, daß sich hier bei Mohl die Erkenntnis durchgesetzt habe, daß die Lehre des Frühkonstitutionalismus mit ihrer Beschränkung des Verordnungsrechts auf den reinen Vollzug den vielseitigen Aufgaben der inneren Verwaltung nicht gewachsen war, wollte man den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aufrechterhalten bzw. durchsetzen.

3) Vgl. Anschütz, Theorien, S. 23.

recht des Königreichs Württemberg wird dies immerhin verständlich. In diesem Frühwerk stand er noch ganz unter dem Einfluß liberal-staatlicher Ideen, die zu einer Sicherung des Einflußbereichs der Volksvertretung mit einer möglichst ausgedehnten Gesetzgebungsgewalt tendierten.

So läßt sich bei Mohl eine bis ins letzte befriedigende Trennung von Gesetz und Verordnung noch nicht feststellen. Der Mohl der "Enzyklopädie" und der "Polizeiwissenschaft" in ihrer 2. bzw. 3. Auflage lassen richtungweisende Ansätze zu einem System erkennen, das neben Ausführungsverordnungen auch rechtsetzende Verordnungen kennt.

II. Die Theorie von Staat und Gesellschaft

A. Der funktionelle Verordnungsbegriff Lorenz von Stein

Der Staat ist für Lorenz von Stein eines der drei Elemente einer Gemeinschaft, die sich aus Land, Volk und Staat zusammensetzt. Der Staat ist "die Grundlage des Lebens, die Erhebung dieser Gemeinschaft zum persönlichen Bewußtsein und Willen"[1].

Hier zeigt sich bereits Steins Ansatzpunkt zu einem Staatsbegriff, der, von der Gemeinschaft ausgehend, von soziologischen Gesichtspunkten bestimmt wird[2]. Stein will sich

---

1) Lorenz von Stein, Verwaltungslehre, Bd. 1, Die vollziehende Gewalt, Stuttgart 1869, S. 4: "So ist der Staat die zur selbstbestimmten Persönlichkeit und damit zur äußeren und inneren Individualität erhobene Gemeinschaft".

2) Über den Einfluß Hegels auf den Staatsbegriff Steins vgl. Gerhard Stavenhagen in Staatslexikon der Görresgesellschaft, Bd. 7, Freiburg 1962, S. 678; Stintzing-Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, S. 718 und 721.

nicht damit begnügen, wie die bisherige Staatsphilosophie einen Staatsbegriff als "abstrakt" entwickelt zu haben[1], sondern er will ihn an den Elementen des wirklichen Lebens und der Rechtsverhältnisse des Staates messen. Denn der Staat erschöpft sich nicht wie bei Mohl nur in e i n e r "Bestimmung", d.h. der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung und Unterstützung vernünftiger menschlicher Zwecke, sondern er hat ein "Leben"[2]. Kriterium ist dabei stets der Begriff der Tat, welcher im weiteren noch näher zu erläutern sein wird.

Der Staat findet für Stein seinen Ursprung in der Vertragslehre[3]. Bei Hobbes und Grotius sieht er die vertragsmäßige Einheit des Staates verwirklicht.

Gleichzeitig setzt jedoch seine Kritik an der überkommenen Vertragslehre ein. Weil diese keinen Begriff der Persönlichkeit benötige, so meint Stein, sei ihr stets entgangen, daß ein Vertrag, den sie als einen an und für sich notwendigen setzen müsse, kein Vertrag mehr sei und daher das, was sie als Inhalt des Vertrages bezeichne, nicht der Staat an sich sei, sondern die Basis seines Verfassungsrechts[4]. In der Entwicklung seines Staatsbegriffes zieht Stein eine Parallele zur menschlichen Einzelpersönlichkeit. Die dort noch in einem unentwickelten Stadium befindlichen Momente finden sich im Staat als "selbständige mit eigener Form, eigenem Inhalt und einer

---

1) Lorenz von Stein, Vollziehende Gewalt, S. 4.
2) Stein, a.a.O., S. 6.
3) Stein, a.a.O.
4) Stein, a.a.O., S. 617.

selbständig erkennbarer Bestimmung für das Ganze begabte Organismen"[1]. Stein faßt diese an sich selbständigen Organismen im Staat zu einer Einheit zusammen und entwickelt so seinen organischen Staatsbegriff.

Das Ich dieses Staates ist das Staatsoberhaupt, das im Königtum seine Vervollkommnung findet[2]. Stein sieht das Wesen der konstitutionellen Monarchie nicht im Recht der verfassungsmäßigen Gesetzgebung oder der verfassungsmäßigen Verwaltung, sondern "erst das Recht des Monarchen als Haupt der vollziehenden Gewalt oder das Recht des Monarchen gegenüber der Regierung bildet das Recht des verfassungsmäßigen Königtums"[3].

Hierbei erkennt er durchaus an, daß die Verfassungen bestimmten Organen, z.B. Ministern, eine Regierungsgewalt übertragen können. Derartige Regierungshandlungen, d.h. Verordnungen, die nicht im Gegensatz zu einem Gesetz stehen dürfen, gelten dann auch als Handlungen jener Organe[4].

Die Gewaltentrennung lehnt Stein ab. Dies erfordert sein organischer Staatsbegriff[5], welcher zur Einheit aller Staatsgewalt in der Person des Monarchen führt. Dadurch, daß der König durch seinen persönlichen Willen das Wollen und Handeln des Staatsorganismus zum Wollen und Tun des

---

1) Stein, Vollziehende Gewalt, S. 8.

2) Stein, a.a.O., S. 9.

3) a.a.O., S. 138.

4) Wenn Stein, a.a.O., S. 302 ff., eine systematische Darstellung des ministeriellen Verordnungsrechts bringt, so ist dabei immer zu berücksichtigen, daß derartige Verordnungen unter Zustimmung des Staatsoberhauptes ergehen. Es handelt sich um delegierte Verordnungsgewalt. Vgl. auch G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 391.

5) Stein, Vollziehende Gewalt, S. 149.

Staates erhebt, geschieht alles im Staate in seinem Namen[1]. Da auch Gesetzgebung und vollziehende Gewalt in gleicher Weise seinen Willen verkörpern, ist ein Widerspruch zwischen Gesetzgebung und Vollziehung ausgeschlossen[2].

Der Wille des Staates ist das Gesetz. Die Verwaltungstätigkeit ist der Prozeß, mit dem der Wille sich durchsetzt. Sie ist der Organismus der Tat. Ist dieser Organismus nun darauf beschränkt, den sich im Gesetz ausdrückenden übergeordneten Willen lediglich auszuführen? Bei dieser Frage setzt Stein den Hebel an für ein eigenständiges, neben dem Gesetz bestehendes Verordnungsrecht.

Davon ausgehend, daß der Organismus der Tat zunächst wieder den Willen und die Kraft haben muß, den im Gesetz verankerten Staatswillen zu wollen und zu tun[3], nennt Stein ihn den Organismus der vollziehenden Gewalt, wobei sich sein Wille in die Verordnung, seine Handlung in die Vollziehung aufgliedert[4]. Die Verordnung ist danach das Wollen des Willens der Gesetzgebung, die Vollziehung das Tun dieses Willens durch die vollziehende Gewalt.

Der Begriff der Staatsgewalt wird demgemäß als Funktion des einzelnen Staatsorgans verstanden[5]. Den organischen Staatsbegriff hat Stein auch später in dieser Form beibehalten[6].

---

1) Eine nähere Begründung hierfür bleibt Stein schuldig. Es liegt nahe, im alles beherrschenden monarchischen Prinzip die Ursache zu suchen.

2) Vgl. Stein, Vollziehende Gewalt, S. 149. Diese Schlußfolgerung wirft die Frage auf, ob unter diesen umfangreichen Rechten des Königs eine Art Prärogative zu verstehen sei, ein Problem, welches später noch zu behandeln ist. Vgl. unten S. 170 ff.

3) Stein, a.a.O., S. 9.

4) a.a.O., S. 10.

5) Stein, Vollziehende Gewalt, S. 16.

6) Vgl. Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre, 1. Teil, 3. Aufl., Stuttgart 1887, S. 11 ff.

Die vollziehende Gewalt wird, zunächst rein formal, als selbständige Vermittlung zwischen Wille (Gesetz) und Tat (Verwaltung) dargestellt[1]. Nach dieser formalen Definition beschränkt sich die Verordnung nur auf die Vollziehung des gesetzlich geäußerten Willens des Staates. Damit erhält sie als Willensäußerung der vollziehenden Gewalt von vornherein eine funktionelle Eigenständigkeit gegenüber dem Gesetz[2].

Stein hat mehrere Arten dieser Vollzugsverordnungen zusammengestellt. Die dort zu findende Unterscheidung ist nicht sehr genau und hat in den verschiedenen Ländern verschiedene Bedeutung. Immerhin gibt sie Zeugnis von der Vielfalt der damals gebräuchlichen Verordnungen und soll deshalb nicht unerwähnt bleiben. Man unterschied zwischen:

a. Verordnungen im allgemeinen, wenn sie die Gesamtausführung eines Gesetzes betrafen,
b. Erlassen, wenn sie einen einzelnen Punkt betrafen,
c. Instruktionen, wenn sie sich auf das Verfahren bestimmter Organe in ihrer regelmäßigen Funktion bezogen,
d. Rescripten, wenn sie sich auf die Interpretation neuer Verordnungsfälle bezogen,
e. Circularen, wenn sie auf wichtige Verhältnisse für die Vollziehung aufmerksam machen wollten,
f. Bescheiden, wenn sie als Entscheidung auf einzelne Fragen erschienen,
g. Patenten, wenn die Verordnungen vom Staatsoberhaupt unmittelbar ausgingen[3].

Bedeutsamer ist der damals gebräuchliche Unterschied zwischen Verordnung und Verfügung. Diese Unterscheidung orien-

---

1) Stein, Vollziehende Gewalt, S. 41.

2) Vgl. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 150.

3) Stein, Vollziehende Gewalt, S. 43.

tiert sich noch nicht am Rechtssatz-Charakter oder etwa am Kriterium der Innen- oder Außenwirkung der Anordnung. Vielmehr versteht man unter der Verordnung eine Anordnung, die von dem höchsten Träger der vollziehenden Gewalt, also dem Staatsoberhaupt selbst, ausgeht, während die Verfügung von einem niederen Organ erlassen wird[1].

Nun besteht neben der vollziehenden Gewalt noch der ihr vorgelagerte auf die innere Selbstbestimmung gerichtete Organismus, die Volksvertretung mit ihrer gesetzgebenden Gewalt, deren formelle Anerkennung sich in der Verfassung niederschlägt. Die beiden Elemente der Verfassung und Verwaltung durchdringen sich gegenseitig, "so daß keine ohne die andere Leben des Staates erzeugen und sein kann"[2]. Dennoch muß nach Stein die Selbständigkeit der beiden Organismen erhalten bleiben, weil doch eine wesentliche Verschiedenheit besteht, d.h. eine die andere nie ersetzen kann.

Stein löst diesen scheinbaren Widerspruch, indem er einmal die Funktionen von Verfassung und Verwaltung in einer formalen Einheit erscheinen läßt, die auf das Staatsoberhaupt zurückgeführt wird[3]. Somit ist die Funktion des Staatsoberhaupts in Gesetzgebung und Verwaltung stets die gleiche, d.h. daß er weder Gesetze gibt, noch verwaltet, sondern durch seinen persönlichen Willen jeden Akt der Gesetzgebung und Verwaltung zu einem Akt des persönlichen Staates macht[4].

Zum anderen grenzt er die Verfassung gegen die Verwaltung entsprechend der obengenannten Definition in Gesetze

---

1) Stein, Vollziehende Gewalt, S. 43.
2) Ders., a.a.O., S. 71.
3) Ders., a.a.O.
4) Ders., a.a.O.

(Wille der Gesetzgebung, d.h. der Verfassung) und Verordnungen (Wille der Verwaltung) ab. Aufgrund dieser formalen Begrenzung des Verwaltungsrechts durch die Verfassung kommt er zu dem Begriff des verfassungsmäßigen Verwaltungsrechts als einem organischen Rechtsverhältnis zwischen Gesetz und Verordnung[1].

Die Abgrenzung zwischen Gesetz und Verordnung richtet sich nach deren Funktionen im Leben des Staates[2]. Stein untersucht daher zunächst Wesen, Inhalt und Bedingungen der Funktionen von Gesetzgebung und Verwaltung für das Staatswesen, um daraus Begriff und Inhalt des Rechts der verfassungsmäßigen Verwaltung zu gewinnen.

Der von der Rechtsphilosophie stets als ideal angesehene Zustand wäre die reine, im Staate gesetzte Selbstbestimmung durch das Gesetz, "die volle Herrschaft der Persönlichkeit über die Wirklichkeit"[3]. Stein erkennt, daß es dem Staate wie dem Einzelnen unmöglich ist, seinen Aufgaben mit dem Akt der reinen Selbstbestimmung, dem bloßen Gesetz, zu genügen. Die Gesetze stoßen auf eine Wirklichkeit, die sich ihnen als Machtfaktor entgegenstellt. Da kein Gesetz dem pragmatischen Ablauf des Geschehens Rechnung zu tragen vermag, die Natur des Gesetzes aber nicht geändert werden kann, so muß die Fähigkeit, den reinen Willen des Staates in der Wirklichkeit zu gestalten, bei der Funktion liegen, die die Gesetze des Staates ausführt.

Die Ausführung beschränkt sich nach Stein daher gar nicht auf die Verwirklichung des reinen Staatswillens, sondern wird modifiziert durch die Praxis. Diese Funktion erfüllt die Ausführungsverordnung, die nicht nur dasjenige ent-

---

1) Stein, Vollziehende Gewalt, S. 72.
2) a.a.O.
3) a.a.O., S. 74.

hält, was das Gesetz will, sondern zugleich das, wodurch es ausführbar wird[1].

Die Methode Steins ist sach- und zweckbezogen. Er erweist sich als Verkünder einer Art phänomenologischer Rechtsphilosophie, wenn er sich dahingehend äußert, die Ausführungsverordnung solle die Dinge nicht in ihrem Wesen, sondern in ihrer Erscheinungsform erfassen[2]. Dabei wollte Stein keineswegs mit dem Kriterium der Wirklichkeit die Verwaltung bzw. die Verordnung der staatsphilosophischen Betrachtung entziehen[3].

Mit der Ausführung der Gesetze aber ist die Aufgabe der Verordnung noch nicht erschöpft. Die Gesetzgebung erfordert einen umfangreichen und langwierigen Prozeß, während das Leben oft zu schnellen Entschlüssen zwingt. Das Gesetz , auf die dauernde Regelung von Verhältnissen gerichtet, besitzt zu wenig Elastizität, um sich den in der Praxis plötzlich auftretenden Veränderungen anzupassen. Diese aus den äußeren Umständen erklärliche Unvollkommenheit des Gesetzes ruft nach einer Kraft und Funktion, die die Gesetzgebung da ersetzt, wo sie nicht vorhanden oder unvollständig ist. Dies ist für Stein die gesetzesergänzende Verordnung. Wenn sie auch kein Gesetz ist, so hat sie doch dessen Funktion da, wo das Gesetz mangelt oder unvollständig ist[4].

---

1) Stein, Vollziehende Gewalt, S. 74.

2) a.a.O., S. 75.

3) In der Vorrede zu seiner Verwaltungslehre, Bd. 1, S. III-IV, beklagt er sich bitter über die Philosophie, "welche sich ein wenig in dem Mikrobentum dialektischer Prozesse" zu verlieren drohe. Er führt weiter aus: "Vielleicht ..., daß unsere Philosophie sich dennoch einmal die Frage vorlegt, was denn philosophisch nun Verwaltung sei. Was die Arbeit und vor allem was die Arbeit des Staates ist, dafür finden wir noch keine Philosophie".

4) Stein, Vollziehende Gewalt, S. 76.

Wenn Stein in diesem Zusammenhang mit dem Terminus "Verwaltungsverordnung" operiert[1], so ist hierunter nicht die Verwaltungsverordnung im Sinne Labands als Anweisung an die Behörden zu verstehen[2].

Stein nennt diesen Standpunkt den "staatsmännischen"[3] und meint damit die Erkenntnis des organischen Zusammenwirkens von Gesetz und Verordnung und die Berücksichtigung dieses Umstandes in der Staatsführung. Trotz formeller und wesensmäßiger Verschiedenheit kann man sie nicht als zwei äußerlich selbständige Gebiete nebeneinander stellen, denn alle Tätigkeit des Staates wird unabänderlich zugleich durch Gesetze und Verordnungen bestimmt[4].

Folglich kann es zu einer äußeren Scheidung des Gebietes von Gesetz und Verordnung gar nicht kommen. Erst ihr Zusammenwirken macht den wahren Staatswillen aus[5].

Die Verordnung ist nach Stein nicht dem Gesetz untergeordnet, sondern sie ist umfassender als der bestimmte Wille des Staates, das Gesetz. Sie ist zuletzt das Organ der

---

1) Vgl. Stein, Handbuch der Verwaltungslehre, S. 30/31.

2) In diesem Sinne G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 384, Anm. 28.

3) Stein, Vollziehende Gewalt, S. 79.

4) Stein, a.a.O.

5) Wegen seiner Formulierung, "Gesetz ist Staatswille mit, Verordnung solcher ohne Volksvertretung" (Vollziehende Gewalt, S. 53) wird Stein als Anhänger des nur formellen Verordnungsbegriffs hingestellt, vgl. G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 366, Mohl, Polizeiwissenschaft, 3. Aufl., S. 44 sowie Gustav Schmoller, Zur Literaturgeschichte der Staats- und Sozialwissenschaften, Leipzig 1888, S. 120. Aus dem oben Gesagten erhellt, daß Steins Verordnungsbegriff auch von materiellen Elementen durchsetzt ist. Vgl. auch Böckenförde, a.a.O., S. 157/158.

"gesamten positiven Verwirklichung der Staatsidee"[1].

An diese Darstellung des organischen Verhältnisses von Gesetzgebung und Vollziehung, die als Ergebnis eine gegenseitige Durchdringung beider Arten staatlicher Anordnungen zeitigt, schließt Stein eine Systematik des ministeriellen Verordnungsrechts an[2].

Unter Verordnungsrecht versteht er die Grenze zwischen Verordnungsgewalt und gesetzgebender Gewalt. Den Inhalt dieses Systems folgert er aus dem Wesen der drei Arten der Verordnungen in ihrem Verhältnis zum gesetzlichen Recht. Er unterscheidet Vollzugsverordnungen, eigentliche Verordnungen und Notverordnungen[3].

Das Recht der Vollzugsverordnungen beinhaltet ein Dreifaches: Zunächst können sie die erforderlichen Maßnahmen treffen, Rechtsverhältnisse, die auf dem alten Gesetz beruhen, aufzuheben; weiter können durch sie die Organe geschaffen werden, die zur Ausführung erforderlich sind; schließlich, einschränkend, darf die Ausführungsverordnung nicht mehr enthalten, als was zur Ausführung des Gesetzes erforderlich ist.

---

1) Stein, Vollziehende Gewalt, S. 78. Wenn G. Jellinek, a.a.O., S. 371, hierzu ausführt, Stein wolle mit der gesetzesvertretenden Verordnung nur einen Zustand rechtfertigen, der von der tatsächlichen und juristischen Staatsgewalt ganz unabhängig sei, so verkennt er den dogmatischen Ansatz Steins, dem es nicht um eine Anpassung seiner Lehren an die Praxis, sondern darum ging, das selbständige Verordnungsrecht als eine funktionell der Exekutive zustehende Kompetenz herauszustellen; vgl. hierzu auch Böckenförde, a.a.O., S. 155/156.

2) Es ist hier noch einmal darauf hinzuweisen, daß es sich dabei um ein von der Krone delegiertes Verordnungsrecht handelt; s. auch oben S. 152 Anm. 4.

3) Stein, Vollziehende Gewalt, S. 303.

Beim Recht der eigentlichen Verordnung lehnt Stein das Enumerationsprinzip, d.h. einen bestimmten Komplex von Tatbeständen dem Gesetzgebungsrecht, den Rest dem Verordnungsrecht zuzuordnen, ab[1]. Auch kann die Verordnung nicht dort eingreifen, wo bereits ein Gesetz, und sei es auch noch so falsch, besteht. Dies ist hier nicht auf das Zustandekommen des Gesetzes zu beziehen. Falsch im Sinne Steins ist vielmehr ein Gesetz, das den tatsächlichen Erfordernissen der Verwaltung nicht mehr gerecht wird und deshalb, weil etwa die Verhältnisse eine rasche Erledigung fordern, die Materie durch Verordnung geregelt werden muß. Eine Verordnungskompetenz ist nur da gegeben, wo es an einer gesetzlichen Regelung fehlt[2]. Dies ist der Bereich, in dem Stein von einem selbständigen Verordnungsrecht des Monarchen ausgeht.

In Fällen, in denen das als bestehend anerkannte Recht nicht auf einem förmlichen Gesetz, sondern auf einer früheren Verordnung beruht, ist die Regierung mangels Identität mit der früheren Verordnungsgewalt, die ja zugleich Gesetzgebung war, nicht berechtigt, von sich aus die Materie durch Verordnung zu regeln. Dies kann nur durch eine Vorlage an den Gesetzgeber geschehen.

Ein weiterer Ausfluß aus dem Recht der eigentlichen Verordnung ist die Interpretation eines unklaren Gesetzes. Stein sieht hierin die Bedingung der wirklichen Tätigkeit der Verwaltung, ein wesentliches Element der Verordnungsgewalt überhaupt[3]. Dabei ist das Interpretationsrecht

---

1) Stein, Vollziehende Gewalt, S. 305.
2) Stein, a.a.O.
3) Stein, a.a.O., S. 306.

jedoch auf den zweifelhaften Gehalt des Gesetzes beschränkt und darf nicht den Charakter einer Gesetzesnovelle annehmen.

Die Auffassungen Steins vom Wesen der Verordnung sind systematisch nur im Rahmen seiner Staatsrechtsauffassung als solcher zu verstehen.
Zusammengefaßt betrachtet liegt die Leistung Steins vor allem in der klaren Erkenntnis des Wesens der Verwaltung, deren Aufgaben nicht wie die der Gesetzgebung generalisierend-abstrakt, sondern individualisierend-konkret bestimmt werden. Wir verdanken ihm den ersten großen Versuch zur systematischen Darstellung der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts der europäischen Kulturvölker[1]. Er hat das gemeine Verwaltungsrecht in Deutschland in einen "höheren juristischen Aggregatzustand" erhoben[2].

Wenn er auch die Gewaltentrennung ablehnt, so zeigen seine Ausführungen zum organischen Staatsbegriff mit der Verbindung von den an sich selbständigen Organismen der Gesetzgebung (dem Willen) und der vollziehenden Gewalt (der Tat) doch den Ansatz, unter Wahrung der Einheit der Staatsgewalt ein Kontrollsystem innerhalb des Staates durch verschiedene Funktionsträger zu schaffen.

B. Der formelle Verordnungsbegriff
Rudolf von Gneist

Gleichfalls ein Verfechter des Rechtsstaats[3] und den

---

1) Vgl. Stintzing-Landsberg, a.a.O., S. 723; Inama in A.D.B., Bd. 35, Leipzig 1893, S. 663 sowie Schmoller, a.a.O., S. 114 ff.

2) So Stintzing-Landsberg, a.a.O., S. 725.

3) Rechtsstaat bedeutet aber für Gneist nicht wie für Kant die Beschränkung des Staatszwecks auf den Rechtszweck, O. von Gierke, Gedächtnisrede für Rudolf von Gneist, Berlin 1896, S. 33; ebenso Eugen Schiffer, Rudolf von Gneist, Berlin 1929, S. 50. Wohl aber sieht Gneist die Durchführung der Rechtsidee als erste Aufgabe des Staa-

Theoretikern von Staat und Gesellschaft zuzurechnen[1], hat Rudolf von Gneist in der Methode einen anderen Weg beschritten als Lorenz von Stein. Während letzterer insbesondere die soziologische Betrachtungsweise bevorzugt, geht Gneist vorwiegend nach geschichtlichen Aspekten und rechtsvergleichend vor[2].

Nicht nur die englische Verfassungsgeschichte, der er eine umfassende Darstellung widmete[3], sondern auch Elemente des französischen Verfassungslebens, vor allem seit Montesquieu haben seine Vorstellungen vom Rechtsstaat entscheidend mitgeformt.

Dabei hatte das Eingehen auf die französischen Verfassungsverhältnisse vor allem den Zweck, auf eine Entwicklung hinzuweisen, die nach Gneists Ansicht in Frankreich gerade nicht durchgeführt schien, die Verwirklichung der bürgerlichen Freiheit in einem monarchisch regierten Staate[4].

---

tes an, vgl. O. von Gierke, a.a.O.

1) O. von Gierke, a.a.O., S. 28; Stintzing-Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, S. 974; Schiffer, a.a.O., S. 46.

2) Vgl. Stintzing-Landsberg, a.a.O., S. 972 sowie J. Hatschek in A.D.B., Bd. 49, Leipzig 1904, S. 411.

3) Vgl. Gneist, Englische Verfassungsgeschichte, Berlin 1882; s. auch Englisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin 1883.

4) F. Schnabel, Deutsche Geschichte, 2. Bd., S. 191 sieht Gneists Lebenswerk darin, "deutsche Freiheit und französischen Konstitutionalismus zu trennen", wobei dieser "freie Staat" nicht durch Urwahlen aus dem Volke aufgebaut sei. Ebenso O. Gierke, Rudolf von Gneist, S. 24, der von einer Zerstörung des flachen Idealbildes der Montesquieu'schen konstitutionellen Theorie durch Gneist spricht. Eugen Schiffer, a.a.O., S. 51 bringt Gneists Einstellung auf die Formel: "Alles für das Volk, nichts durch das Volk!" Diese Feststellung Schiffers erscheint zu schlagwortartig und lapidar. Sie wird dem Umstand nicht gerecht, daß Gneist neben der starken Hervorhebung des selbständigen Verordnungsrechts des Monarchen Gesetze als mit Zustimmung der Landesvertretung erlassene Verordnungen anerkennt, vgl. hierzu unten S.167 ff.

Den Bourbonen wirft er vor, die Zeichen der Zeit nicht erkannt zu haben. Er stellt ihnen beispielhaft das Verhalten der Hohenzollern in Preußen gegenüber, die, gestützt durch den Protestantismus, den gesellschaftlichen Veränderungen standzuhalten vermocht hätten[1].

Das für ihn entscheidende Problem, die Verbindung von Staat und Gesellschaft, scheint ihm in Frankreich nicht gelöst, für Deutschland aber immerhin möglich. Den Ansatzpunkt sieht er in der englischen Verfassungsentwicklung, die jenes Problem gelöst hat und durch ihre Verwandtschaft mit der deutschen Verfassungstradition[2] hier neue Wege weist.

Der nahtlose Übergang von altem Landesrecht zur modernen englischen Parlamentsverfassung scheint ihm durch einen Zwischenbau gewährleistet, der seit dem 14. Jahrhundert die auf dem Kontinent unversöhnten Klassen auf der Basis eines gleichen und gemeinen Rechts vereinigte.

Bereits mit Wilhelm dem Eroberer bricht eine Epoche an, die altständische Institutionen zerstört und ein vollständig durchgebildetes System von Staatshoheitsrechten bringt. Königliches Verordnungsrecht, welches sich Heer, Gerichtspolizei und Finanzwesen unterwirft, kennzeichnet die Epoche des Absolutismus in England[3]. Die Magna Charta bringt die

---

1) "In unvergleichlicher Pflichttreue hatten die Hohenzollern in Preußen Staat und Gesellschaft in neuer Gliederung aufzubauen begonnen", Gneist, Rechtsstaat, S. 29.

2) Vgl. Gneist, Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, Berlin 1869, S. 11 ff., wo er nach der Schilderung der Entwicklung Englands und Frankreichs auf die deutschen Verhältnisse eingeht: "Bei gleichem Ausgangspunkt ist die Schichtung dieser Verhältnisse in Deutschland eine abweichende".

3) Bei der Erfassung des englischen Staatswesens geht Gneist nicht von der englischen Parlamentsherrschaft, sondern von der normannischen Königsgewalt aus. Aus diesem, wohl falschen Ansatz her, erscheint ihm, wie bei Stintzing-Landsberg, a.a.O., S. 973 bemerkt, das englische Staats- und Verwaltungsrecht als dem deutschen näher verwandt, als der französisch-belgische Konstitutionalismus.

Einführung der Beschränkung königlichen Verordnungsrechts durch das parliament, welches sich zunächst aus Prälaten, Baronen und einer kleinen Zahl auserwählter Vasallen zusammensetzt. Ein halbes Jahrhundert später wird der Gesamtheit der Vasallen Sitz und Stimme gewährt. Dadurch entsteht ein erweitertes Parlament in Gestalt von Abgeordneten der Kommunalverbände (commons)[1].

Ein weiterer Zusammenhalt der Klassen ergab sich aus der gewohnheitsmäßigen Tätigkeit im Dienste einer selbstgesetzten Rechtsordnung[2]. Dies sieht Gneist in dem Institut des "self-government" verwirklicht.

Dies mit dem heutigen Begriff der Selbstverwaltung gleichzusetzen wäre verfehlt. Self-government bedeutet vielmehr den staatlichen Auftrag an die Vertreter der besitzenden Klassen, Verwaltungsämter ehrenamtlich zu übernehmen[3]. Durch diese staatlich ernannten Beamten ist es dem Staat möglich, die Gestaltung der Gesellschaft zu beeinflussen.

Dabei liegt es Gneist fern, englische Institutionen uneingeschränkt auf das deutsche Verfassungsleben zu übertragen. Nur eine "Kombination der vorgefundenen Verhältnisse"[4] könnte der Fortbildung des Staates dienlich sein.

Philosophische am deutschen Idealismus orientiert[5], sieht Gneist im Staat einen selbständigen Lebensorganismus etwa

---

1) Gneist, Verwaltung, S. 7.

2) a.a.O., S. 3.

3) Gneist, Verwaltung, S. 90 ff.

4) a.a.O., S. 4; der gleiche Gedanke findet sich in Rechtsstaat S. 37: "In Wahrheit konnte sich die Neugestaltung weder nach französischen noch nach englischen Formularen bilden, sondern nur aus dem vorhandenen deutschen Verwaltungsrecht heraus für deutsche Besitzverhältnisse formiert werden".

5) Einhellig wird in der Staatswissenschaft der Einfluß Hegels auf Gneist hervorgehoben, vgl. O. Gierke, R. v.Gneist, S. 28, Schiffer, a.a.O., S. 46, Stintzing-Landsberg, a.a.O., S. 718 sowie Böckenförde, a.a.O.,S.159.

im Sinne Lorenz von Steins[1], ein Gebilde, welches der Gesellschaft vorgeordnet ist[2]. Der Staat wird als zur organischen Einheit verbundener allgemeiner Wille verstanden und der Gehorsam gegen dessen Gebote als aus Gründen der Vernunft für notwendig erachtet.

Gneists Vorliebe für die Darstellung historischer Vorgänge läßt ihn selten eine Auffassung in Form einer These vortragen. So sucht man vergeblich nach einer klaren Definition der Staatsgewalt. Immerhin gibt es Anzeichen für seine Einstellung hierzu. Ein solches Indiz bildet seine Erörterung der Gewaltenteilungslehre anhand der preußischen Verfassung.

Seine Kritik richtet sich schon gegen die Gruppierung der Gewalten in der Verfassung[3]. Er empfindet dies als historisch nicht haltbar[4]. Die interpretationsfähige Fassung in Art. 52 der preußischen V.U. ("die gesetzgebende Gewalt wird gemeinschaftlich durch den König und durch die Kammern ausgeübt") tut er mit einem Satz unter Hinweis auf die Praxis ab, wobei er keinen Zweifel daran läßt, daß er jenen Interpreten zustimmt, die, historisch orientiert, in der Verfassung eine freiwillige Einschränkung königlicher Macht

---

1) Vgl. Stein, Vollziehende Gewalt, S. 72.

2) Gneist, Rechtsstaat, S. 28: "Der Staat ist selbständig in der sittlichen Natur des Menschen gesetzt, wie die Gesellschaft in dem System seiner Bedürfnisse begründet ist".

3) Die gesetzgebende Gewalt wird dort vor der vollziehenden genannt.

4) Gneist, Rechtsstaat, S. 207.

durch den König selbst sehen[1].

In diesem Hinweis Gneists auf die Praxis zeigt sich besonders deutlich seine Natur, die zum Leben und zur Wirklichkeit des Rechts drängte. Besonderes Interesse für rechtsphilosophische Probleme oder strenge Systematik lassen sich bei ihm nicht feststellen. So ist seine Geistesrichtung weniger philosophisch-begriffsbildend als positivistisch-praktisch zu nennen[2]. Mit Recht sagt O. Gierke, daß der Rechtspolitiker sich als stärkster Wesenszug bei Gneist ausgeprägt habe[3].

Gneist legt auch Art. 45 der preußischen V.U. "Der König erläßt die zur Ausführung der Gesetze notwendigen Verordnungen" auf Kosten des Einflusses der Volksvertretung im Sinne der historischen staatlichen, d.h. für ihn königlichen Regierungsgewalt aus[4].

---

1) Gneist, a.a.O.: "Die konstitutionelle Praxis aber machte der Zweideutigkeit alsbald ein Ende. Vom ersten Gesetzesbeschluß an bis heute wurde jedes Gesetz selbstverständlich als eine Verordnung des Königs mit Zustimmung der beiden Häuser verkündet". Kritisch bemerkt hierzu Anschütz, Theorien, S. 121, daß bei der Verfassungsgebung andere Ideen leitend gewesen seien, als die einer pietätvollen Restauration altständischer oder gar mittelalterlicher Rechtsverhältnisse. In der Tat zeigt sich hier eine der größten Schwächen Gneists, nämlich geschichtliche Vorgänge immer auf ein bestimmtes Ziel zuzuschneiden, so daß der (falsche) Eindruck einer planmäßigen Entwicklung entsteht. Zu Recht wird dies von seinen Kommentatoren immer wieder hervorgehoben; vgl. O.Gierke, a.a.O., S. 21/22, Hatschek in A.D.B., Bd. 49, S. 412.

2) Vgl. Stintzing-Landsberg, a.a.O., S. 975; zum gleichen Ergebnis kommen O. Gierke, S. 12 und 22 sowie Schiffer, S. 65/66.

3) O. Gierke, a.a.O., S. 26; Gneist schloß sich 1866 der nationalliberalen Partei an, wurde am 21. März 1867 in den konstituierenden Reichstag entsandt und gehörte dem Reichstag von 1871 - 1884 an. Vgl. Schiffer, a.a.O., S. 35.

4) Vgl. Gneist, Rechtsstaat, S. 209: "Die konstitutionelle Praxis hat indessen die selbständige Kraft der Verordnung im Gebiet des Verwaltungsrechts von Anfang an anerkannt und bis heute zur Geltung gebracht".

Im Gegensatz zu den Verhältnissen in Frankreich, wo nach der Revolution der König des ancien régime durch den Volkssouverän abgelöst wurde, der ebenso wie die Bourbonen durch Verordnungen regierte, wenn auch nun im Sinne einer anderen privilegierten Masse, ging in Deutschland schon seit dem 18. Jahrhundert die Entwicklung dahin, besonders wichtige landesherrliche Erlasse, welche Dauerwirkung haben sollten, in Form von Gesetzen zu publizieren.

Unter Berücksichtigung dieser geschichtlichen Entwicklung sieht Gneist erst in der konstitutionellen Verfassung den Grundsatz verankert, daß Gesetze nur durch Gesetze abzuändern sind[1]. In der Stabilität des auf publizierten Gesetzen ruhenden Verwaltungsrechts liegt nach seiner Ansicht ein wesentlicher Vorteil gegenüber den unsicheren Verhältnissen zur Zeit der absoluten Monarchie.

Dabei will er aber nicht das frühere mit Rechtssetzungskraft ausgestattete Verordnungsrecht des Monarchen von einer Herrschaft des Gesetzes abgelöst wissen. Vielmehr gelangt er zu einer rein formellen Begriffsbestimmung. Es gibt nur zwei gleichgeordnete Rechtssetzungsmöglichkeiten, einmal "das Gesetz als eine mit Zustimmung der Landesvertretung erlassene Verordnung, zum anderen die Verordnung ohne diese Zustimmung[2]".

Hiermit setzt sich Gneist für ein selbständiges Verordnungsrecht praeter legem ein.

---

1) Gneist, Verwaltung, S. 73; ders. in Art. Verordnungsrecht, S. 1063.

2) Gneist, Verwaltung, a.a.O.; diese Formulierung ist der Wahlspruch aller späteren Anhänger des formellen Verordnungsbegriffes geworden.

In Anlehnung an die preußische Verfassung anerkennt er zunächst das Recht des Königs zum Erlaß von Ausführungsverordnungen nach Art. 45 preußische V.U., das auch die Befugnis zur Bestimmung der Mittel und zum Erlaß allgemeiner Vollzugsinstruktionen enthält. Gleichfalls ist der König zum Erlaß von Verwaltungsverordnungen ermächtigt. Außerdem kann er auch Detailvorschriften in den Fällen erlassen, wo das Gesetz nur die leitenden Grundsätze aufstellt[1].

Gehen diese Verordnungstypen noch vom Vorbehalt des Gesetzes aus, so nennt Gneist eine weitere Gruppe von Verordnungen, welche selbständig neben den Gesetzen stehen. Während man damals allgemein annahm, die Trennung der Gewalten setze voraus, daß allgemein bindende Rechtsnormen nur durch Parlamentsbeschlüsse entstehen könnten, macht Gneist die Frage der Abgrenzung von Gesetz und Verordnung zum Gegenstand einer geschichtlichen Untersuchung. In Ablehnung der französischen Auffassung von der Souveränität der Gesellschaft, die im König nur den Mandatsträger der Gesetzgebung sehen will, kommt er unter Hinweis auf die monarchische Tradition in Deutschland zu einem eigenständigen Verordnungsrecht der Krone zumindest dort, wo ein Gesetz fehlt[2].

Neben den positiv-rechtlichen Bestimmungen sind auch praktische Erwägungen grundlegend für die Ausgestaltung seiner Verordnungstypen. Wie schon für Stein, so ist auch für Gneist die Erschöpfung der Staatsgewalt in Gesetzen zu einer modernen Erwerbsgesellschaft, wo die Vielgestaltigkeit des sozialen Lebens eine elastische Regierungsführung

---

1) Gneist, Verwaltung, S. 74.

2) Gneist, a.a.O., sowie in Art. Verordnungsrecht, S. 1063.

erforderlich macht, unmöglich. Seine Auffassung von der Verordnung als dem eigentlichen Instrument der Verwaltung[1] wird verdeutlicht durch die rechtliche Abgrenzung zum Privat- und Strafrecht sowie der Steuergesetzgebung. Anordnungen auf diesen Gebieten bedürfen eines formellen Gesetzes[2].

So erweist sich Gneist als Verfechter eines selbständigen Verordnungsrechts praeter, wenn auch nicht contra legem[3].

Seine Ausführungen zum Verordnungsrecht nehmen allerdings einen geringen Platz im Verhältnis zu seinem sonstigen literarischen Schaffen ein. Dies verwundert nicht, war doch sein wesentlichstes Ziel die Wiederherstellung der Verbindung von Staat und Gesellschaft unter einer konstitutionellen Verfassung.

---

1) Gneist, Verwaltung, S. 74: "... daß für die gewissen Verhältnisse des öffentlichen Rechts grundsätzlich die Verordnung die rechte Form des Staatswillens bildet".

2) Bemerkenswert sind hier auch die Parallelen zum englischen Verordnungsrecht, vgl. Gneist, Englisches Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 125 ff. Zum Bereich der durch Gesetz zu regelnden Materie zählte Gneist auch die Pressefreiheit. Gegen die Presseordonnanz des Grafen Eulenburg erklärte er: "Eine Beschränkung der Pressefreiheit kann auf dem Wege der Verordnung überhaupt nicht erfolgen". Vgl. Schiffer, a.a.O., S. 69.

3) Er sollte damit in der Zeit des staatsrechtlichen Positivismus gerade dann Anhänger finden, als die Auffassung vom Verordnungsrecht intra legem einen scheinbar überwältigenden Sieg davongetragen hatte.

§ 2 Königliche Prärogativgewalt als Rest absoluter Macht?

I. In der Praxis (Im Bereich der Publikation)

A. Allgemeine Voraussetzungen

Das Zustandekommen einer Verordnung vollzieht sich ähnlich dem des Gesetzes, wobei allerdings die einzelnen Stadien wegen des fehlenden Zusammenwirkens mehrerer Organe nicht so deutlich hervortreten.

Man unterscheidet chronologisch die Feststellung des Verordnungstextes, den Entschluß zur Verkündung, die Sanktion, die Ausfertigung der Verordnungsurkunde, den Publikationsbefehl und die Publikation selbst[1]. Wegen der verschiedenen verfassungsrechtlichen Regelungen sind die Verordnungen des Reiches und der Einzelstaaten (als Beispiel: Preußen) getrennt zu behandeln.

Prärogativgewalt ist im folgenden zu verstehen im Sinne der dem englischen Rechtskreis entstammenden "prerogative power" als Inbegriff der Rechte, die dem König ohne Mitwirkung des Parlaments zustehen[2].

B. Verordnungen des Reiches

Über das Verordnungsrecht des Reiches heißt es in Art. 7 Abs. 1 Satz 2 RV: "Der Bundesrat beschließt über die zur Ausführung der Reichsgesetze erforderlichen allgemeinen Verwaltungsvorschriften und Einrichtungen."

---

1) Die Ausführungen zum Erlaß einer Verordnung stützen sich im wesentlichen auf die entsprechenden Anmerkungen bei G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 394 ff. und Paul Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 5. Aufl., Bd. 2, Tübingen 1911, S. 85 ff.

2) Vgl. Rudolf von Gneist, Englische Verfassungsgeschichte, Berlin 1882, S. 455 ff.; G. Jellinek, a.a.O., S. 22 ff.

Hieraus ergibt sich einmal, daß das primär zur Ausübung des Reichsverordnungsrechts zuständige Organ der Bundesrat ist, zum anderen, daß die Zuständigkeit des Reiches beim Erlaß von Verordnungen sich auf Vollzugs- und Verwaltungsverordnungen beschränkt, zum dritten, daß durch Reichsgesetz das Verordnungsrecht auch anderen Organen als dem Bundesrat übertragen werden kann.

Im Wege der Delegation kann die Verordnungsgewalt auf den Kaiser, den Reichskanzler, eine Reichsbehörde oder eine Landesregierung übertragen werden[1]. Verfassungsmäßig steht dem Kaiser nur ein Verordnungsrecht in Angelegenheiten des Militär- bzw. Marinewesens (Art. 53, 63 und 68 RV), des Post- und Telegraphenwesens (Art. 50 RV) zu. Daneben übertragen zahlreiche Reichsgesetze dem Kaiser eine Verordnungskompetenz. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Verordnungen, zu deren Erlaß der Kaiser schlechthin befugt ist[2] und jenen, die an die Zustimmung des Bundesrats geknüpft sind[3]. Dieser Unterschied ist bedeutsam für den weiteren Gang des Verfahrens. Wie im förmlichen Gesetzgebungsverfahren fallen dabei Feststellung des Inhalts und

---

1) Vgl. Laband, Staatsrecht, Bd. 2, S. 97, Seydel, Art. "Die Landesverordnung zum Vollzug von Reichsgesetzen", S.1143/1144 in Hirth's Annalen 1874; Rönne, Reichsstaatsrecht, Bd.1, S. 231; Arndt, Das Verordnungsrecht des Deutschen Reiches, S. 24 sowie Seydel, Kommentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich, 2.Aufl., Freiburg/Leipzig 1897, S. 138 f.

2) Vgl. z.B. § 9 des Paßgesetzes vom 12.10.1867 (BGBl S. 33 f.); §§ 14, 17, 159 des Reichsbeamtengesetzes vom 31.3.1873 (RGBl S.61 ff.); § 71 des Gesetzes über die Beurkundung des Personenstandes vom 6.2.1875 (RGBl S.23 ff.); § 8 des Landsturmgesetzes vom 12.2.1875 (RGBl S.63/64).

3) Vgl. § 3 des Reichskriegsschatzgesetzes vom 11.11.1871 (RGBl S.403/404); § 98 des Gerichtskostengesetzes vom 18.6.1878 (RGBl S.141 ff.); §§ 17, 18, 32 des Patentgesetzes vom 25.5.1877 (RGBl S.501 ff.); § 3 des Gesetzes vom 2.6.1869 über die Kautionen der Bundesbeamten (RGBl S.161). Auf den Streit, ob es einen Unterschied macht, wenn in einigen Gesetzen statt "mit Zustimmung des Bun-

Sanktion der Verordnung auseinander. Wird der Inhalt der Verordnung durch Vereinbarung zwischen Kaiser und Bundesrat festgelegt und bildet insoweit eine Voraussetzung für ihre Wirksamkeit, so ist die Sanktion der Verordnung alleiniges Recht des Kaisers.

Während bei der Gesetzgebung der Kaiser verpflichtet ist, die Reichsgesetze auszufertigen und zu verkünden[1], steht es im Verordnungsbereich dem Kaiser völlig frei, einer Verordnung die Sanktion zu versagen[2]. Eine ohne derartige Sanktion durch den Bundesrat erlassene Verordnung wäre nichtig.

In diesem Zusammenhang von einem Prärogativrecht des Monarchen zu sprechen, erscheint jedoch zu gewagt. Einmal wird der Kaiser hier überhaupt nur im Rahmen delegierten Verordnungsrechts tätig, zum anderen erscheint es nicht als Anzeichen großer Machtfülle - vergleichbar der eines absoluten Herrschers - wenn der Kaiser das Wirksamwerden einer Verordnung blockieren kann, zu deren Entstehen er sich zunächst der Zustimmung des Bundesrats versichern muß. Bereits Laband hat darauf hingewiesen, daß dieses Sanktionsrecht mehr von juristischer denn von politischer Bedeutung ist[3]. Für die Verfassungswirklichkeit ist es nicht von Belang, da es kaum denkbar ist, daß der Kaiser den Erlaß einer Verordnung nachträglich ablehnt, obwohl die preußischen Vertreter im Bundesrat zunächst zugestimmt hatten.

---

desrats" der Ausdruck "im Einvernehmen mit dem Bundesrat" die Rede ist, soll hier nicht näher eingegangen werden. Insoweit ist Laband, a.a.O., S. 99 Anm.1 zuzustimmen, der für eine synonyme Auslegung beider Formulierungen eintritt.

1) Vgl. Laband, a.a.O., S. 43 ff.; Seydel, Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich, S. 172.

2) Vgl. Zorn, Staatsrecht, Bd.1, S. 491; Laband, a.a.O., S. 99.

3) Vgl. Laband, a.a.O.

Eine allgemeine, durch die Reichsverfassung selbst aufgestellte positive Regelung des Erlasses von Rechtsverordnungen besteht somit nicht.

Wenn also keinem Organ des Reiches eine allgemeine Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen zur Ergänzung oder Ausführung erteilt ist, bestehen damit keine Anhaltspunkte dafür, daß die Reichsverfassung den Erlaß von Rechtsvorschriften im Verordnungswege verboten oder für unzulässig erklärt hätte. Letzteres wird von Rönne behauptet[1]. Dieser stützt sich unter Berufung auf Art. 5 RV[2] darauf, daß die Reichsverfassung als Gesetze nur die zwischen dem Reichstag und dem Bundesrat vereinbarten anerkenne[3].

Rönne übersieht hierbei, daß Art. 5 Abs. 1 RV keine Schranke für die Gesetzgebung dahingehend bedeutet, daß sie nicht nur, statt unmittelbare Rechtsregeln aufzustellen, auch Anordnungen darüber treffen darf, wie und von wem diese aufzustellen sind. Art. 5 Abs.1 RV sagt nichts über den Inhalt, sondern nur darüber etwas aus, in welcher Form die Reichsgesetzgebung auszuüben sei[4].

Als Ergebnis steht damit vorerst fest, daß eine allgemeine, durch die RV selbst begründete Befugnis zum Erlaß von Rechtsverordnungen durch Bundesrat, Kaiser, Reichskanzler,

---

1) Ludwig von Rönne, Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, Leipzig 1877, Teil 1, S. 13 ff. Dagegen Laband, a.a.O., Bd. 2, S. 96 mit treffender Begründung. Ebenso sehr eingehend auch Arndt, Verordnungsrecht des Deutschen Reiches, S. 16 ff.

2) Art. 5 Abs. 1 RV lautet: "Die Reichsgesetzgebung wird ausgeübt durch den Bundesrat und den Reichstag. Die Übereinstimmung der Mehrheitsbeschlüsse beider Versammlungen ist zu einem Reichsgesetze erforderlich und ausreichend."

3) Rönne, a.a.O., S. 13.

4) So die damals herrschende Meinung; vgl. Laband, a.a.O., S. 96; Arndt, Verordnungsrecht des Deutschen Reiches, S. 19; Seydel, Hirth's Annalen 1874, S. 1145.

Reichsbehörden oder Landesregierungen nicht bestand, daß aber im Einzelfall mittels reichsgesetzlicher Delegation eines der genannten Organe hierzu ermächtigt werden kann.

Nachdem die Verordnung von dem jeweiligen Verordnungsgeber sanktioniert ist[1], bedarf sie zu ihrer Wirksamkeit der Ausfertigung. Hiermit wird die "Ordnungsmäßigkeit des formellen Verfahrens authentisch bekundet"[2]. Im Rahmen dieses Themas interessieren hier nur die kaiserlichen Verordnungen. Diese werden vom Kaiser selbst durch eine von ihm unterschriebene, mit dem kaiserlichen Siegel versehene und vom Reichskanzler gegengezeichnete Urkunde ausgefertigt.

Durch die Ausfertigung wird neben dem ordnungsgemäßen Zustandekommen die Richtigkeit des in der Urkunde enthaltenen Wortlauts bekundet. Bezeugt die Ausfertigungsformel, daß die kaiserliche Verordnung mit Zustimmung des Bundesrates erlassen wurde, so ist sie formell unanfechtbar und kann weder von den Verwaltungsbehörden noch von den Gerichten nachgeprüft werden[3].

Über die Modalitäten der sich an die Ausfertigung anknüpfenden Verkündung der Verordnung besteht Streit, der sich im wesentlichen an einer kaiserlichen Verordnung entzündet,

---

1) Bei der Delegation an die Einzelstaaten konnten Sanktionsrecht und Feststellung des materiellen Inhalts auseinanderfallen, vgl. Laband, a.a.O., S. 104.

2) Laband, a.a.O., S. 106; Richard Thoma, Der Polizeibefehl im badischen Recht, 1. Teil, Tübingen 1906, S.441, schließt sich dem an.

3) So Laband, a.a.O., S. 105; a.A. G. Jellinek, a.a.O., S. 394.

die bereits zur Zeit des Norddeutschen Bundes eine positivrechtliche Regelung der Verkündung kaiserlicher Verordnungen anstrebt. Während die Reichsverfassung selbst sich über die Verkündung von Reichsverordnungen ausschweigt, legt die erwähnte kaiserliche Verordnung vom 26. Juli 1867 (BGBl S.24) fest, daß zur Publikation nicht nur sämtlicher Bundesgesetze (Art. 2 der Verfassung des Norddeutschen Bundes), sondern auch sämtlicher Anordnungen und Verfügungen des Bundespräsidiums (Art. 17 RV)[1], dessen Vorsitz der Kaiser innehat, das Bundesgesetzblatt (ab 1871 das Reichsgesetzblatt) dienen soll.

Zwei kaiserliche Verordnungen, die Militärersatzinstruktion für den Norddeutschen Bund vom 26. März 1868 und die Deutsche Wehrordnung vom 28. September 1875 sind trotz scheinbar klarer Regelung Gegenstand einer Kontroverse in der damaligen Staatsrechtslehre geworden. Diese Verordnungen waren seinerzeit statt im Reichsgesetzblatt in Amtsblättern verkündet worden[2].

Haenel will ihnen deshalb nur partikulare Rechtsgültigkeit beimessen. In Übereinstimmung mit Laband[3] kommt er zu dem Ergebnis, "daß eine unmittelbar rechtsverbindliche Kraft irgendwelcher Verordnungen oder Verfügungen des Kaisers über den zu beamtenmäßigem Gehorsam verpflichteten Kreis

---

1) Art. 17 der RV hat folgenden Wortlaut: "Dem Kaiser steht die Ausfertigung und Verkündigung der Reichsgesetze und die Überwachung und Ausführung derselben zu. Die Anordnungen und Verfügungen des Kaisers werden im Namen des Reiches erlassen und bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung des Reichskanzlers, welcher dadurch die Verantwortlichkeit übernimmt.

2) Die Militärersatzinstruktion vom 26.3.1868 war im Armee-Verordnungsblatt 1868, S. 93/94, die Wehrordnung vom 28.9.1875 im Armee-Verordnungsblatt 1875, S. 233 verkündet worden.

3) Laband, Staatsrecht II, S. 110.

hinaus ..., niemals anders begründet werden kann, als durch kaiserliche Verkündigung mittels des Reichsgesetzblattes"[1]. Seiner Auffassung nach haben die obengenannten Verordnungen das kaiserliche Verordnungsrecht von einem unmittelbaren zu einem nur mittelbaren herabgesetzt.

Arndt[2] hält dem entgegen, daß aus dem Begriff der Verkündung noch nicht folge, daß die Verordnung, um gültig zu sein, stets wie ein Gesetz bekannt gemacht werden müsse. Mangels ausdrücklicher Vorschrift in der Verfassung über die Verkündung von Reichsverordnungen sei anzunehmen, daß der Gesetzgeber die Art der Verkündung dem freien Ermessen des Verkündenden überlasse[3].

Diese Auffassung Arndts ist insofern richtig und findet ihre Stütze auch in einer Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts im 21. Bande[4], als derjenige, der die Norm erläßt, auch über die Art der Verkündung befinden kann. Dies besagt aber noch nicht, daß bei Nichtpublikation im Bundes- oder Reichsgesetzblatt die Verordnung auch Anspruch auf Allgemeingültigkeit erheben kann.

Grundlegend ist hier die Verordnung vom 26.7.1867, die sämtliche Bundesgesetze (Art. 2 RV) und Anordnungen oder Verfügungen des Bundespräsidiums (Art. 17 RV) der Publikationspflicht unterwirft. Unterläßt der Verordnungsgeber die vorgeschriebene Publikation, so läuft er Gefahr, daß seiner Verordnung nur beschränkte Kraft zugemessen wird.

---

1) Haenel, Studien II, S. 78.

2) Arndt, Das Verordnungsrecht des Deutschen Reiches, S. 199 ff.; Staatsrecht des Deutschen Reiches, S.205 f.

3) Arndt, Verordnungsrecht, S. 201.

4) S. 59 ff. insbes. S. 62.

Dieser Auffassung ist offenbar auch das Reichsoberhandelsgericht[1], das davon ausgeht, daß solche kaiserlichen Verordnungen zu publizieren sind, die "für eine Reihe von Fällen die maßgebende Norm geben und als Ausfluß einer dem Staatsoberhaupt übertragenen legislativen Befugnis erscheinen".

Alles spitzt sich damit auf die Frage zu, ob die obengenannten Militärverordnungen als Anordnungen im Sinne der Verordnung vom 26. Juli 1867 anzusehen sind.

Legt man die zutreffende Meinung des Reichsoberhandelsgerichts zugrunde, so handelt es sich bei den Militärverordnungen nicht um Anordnungen des Kaisers im Sinne des Art. 17 RV, d.h. um Verordnungen mit Gesetzescharakter, die, sollen sie allgemeinverbindlich sein, im Bundes- oder Reichsgesetzblatt veröffentlicht werden müssen, sondern um Verordnungen im Bereich der Ausübung des militärischen Oberbefehls, die, wie Laband bemerkt[2], nicht unter die Publikationsverordnung vom 26.7.1867 fallen.

Letztlich zeigt diese Auseinandersetzung die Weiterführung eines alten Streites um die Auslegung des Art.2 Satz 2 RV[3]. Diese Bestimmung wird von Arndt[4] und seinen Anhängern in dem Sinne interpretiert, daß hierunter nur formelle Gesetze zu verstehen seien. Arndt stützt sich

---

1) Bd. 15, S. 257.

2) a.a.O., S. 111 Anm. 1.

3) Art. 2 Satz 2 RV lautet: "Die Reichsgesetze erhalten ihre verbindliche Kraft durch ihre Verkündigung von Reichs wegen, welches vermittels eines Reichsgesetzblattes geschieht".

4) Vgl. Arndt, Staatsrecht des Deutschen Reiches, S.205; ders. in Verordnungsrecht, S. 198 ff.; wie dieser auch Zorn, Reichsstaatsrecht, Bd. 2, S. 493.

dabei auf die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts[1], welches in allen seinen Entscheidungen vom formellen Gesetzesbegriff ausgeht. Diese Auffassung kann keine Zustimmung finden.
Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Art. 2 Satz 2 RV deuten klar darauf hin, daß sich diese Bestimmung nur auf materielle Gesetze bezieht. Der in diesem Sinne geäußerten Meinung Labands[2] muß beigepflichtet werden.

Schließlich bleibt noch die Frage zu beantworten, wann die Verordnung rechtsverbindlich wird. Mangels positivrechtlicher Regelung greift man auf Art. 2 RV zurück. Die Rechtsverbindlichkeit der Verordnung beginnt mit dem in diesem Artikel festgesetzten Zeitpunkt, falls die Verordnung selbst nicht einen anderen Anfangstermin bestimmt[3].

Zusammengefaßt läßt sich feststellen, daß von einer Prärogative des Monarchen im Bereich der Publikation nicht gesprochen werden kann. Nach der eingangs zitierten Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts[4] muß der Kaiser, will er seinen Verordnungen Allgemeinverbindlichkeit verleihen, diese in Gesetzblättern publizieren. Es obliegt damit nicht mehr seiner freien Entscheidung, in welcher Form er seinen im Verordnungswege ausgedrückten gesetzgeberischen Willen kundtut.

---

1) RGZ Bd. 42/314; 44/275; 48/84 ff. Dieselbe Problematik findet sich bei der Behandlung des preuß. Staatsrechts, vgl. im einzelnen unten § 2 I C S. 179 ff.

2) Laband, a.a.O., S. 109; ebenso Haenel, Studien II, S. 65/66 sowie G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 394.

3) So Laband, a.a.O., S. 112.

4) Bd. 21, S. 59 ff.

. Verordnungen in den Einzelstaaten am Beispiel Preußens

Wie im Reichsverordnungsrecht wird auch in Preußen die Verordnung vom König sanktioniert und ausgefertigt. Als problematisch erweist sich hier gleichfalls die Frage der Verkündung. Art. 106 Abs. 1 V.U. besagt, daß Gesetze und Verordnungen verbindlich sind, wenn sie in der vom Gesetz vorgeschriebenen Form bekanntgemacht werden.

Für die Publikation von Gesetzen besteht durch Gesetz vom 3. April 1846[1] eine positive Regelung. Danach sind die königlichen Erlasse, die Gesetzeskraft erhalten sollen, in Gesetzessammlungen zu veröffentlichen. Die Frage nach der Form der Verkündung von Verordnungen bleibt somit nach wie vor unklar. Auch hier stehen sich wieder zwei Meinungen gegenüber:

Diejenigen, die wie Rönne[2] mit dem materiellen Gesetzesbegriff an das Gesetz vom 3. April 1846 herangehen, verlangen folgerichtig die Veröffentlichung aller königlichen Verordnungen in der Gesetzessammlung. Arndt, vom formellen Gesetzesbegriff ausgehend, tritt für ein völlig freies Publikationsrecht ein[3]. In dieser Frage mit seiner Auffassung in der Lehre alleinstehend[4], kann sich Arndt auf die Zustimmung des Reichsgerichts stützen (vgl. RGZ Bd.

---

1) Abgedruckt bei Schücking, Quellensammlung zum preußischen Staatsrecht, Leipzig 1906, S. 127.

2) Ludwig von Rönne, Staatsrecht der preußischen Monarchie, Bd. 1, 3. Aufl., Leipzig 1881, S. 405.

3) Arndt, Die preußische Verfassungsurkunde, 7. Aufl., Berlin 1911, S. 364: "In Ansehung der Verordnungen ist geltendes Recht, daß, sofern das Gesetz nichts Abweichendes vorschreibt, der Verordnungsberechtigte die Wahl der Art und des Ortes der Publikation hat".

4) Selbst Bornhak, sonst stets auf Seiten Arndts zu finden, hält die Veröffentlichung aller königlichen Verordnungen im Gesetzblatt für erforderlich, vgl. Staatsrecht, S.550.

42/314; 44/275; 48/84 ff.). In allen diesen Entscheidungen geht das Reichsgericht vom formellen Gesetzesbegriff aus.

Rönne[1] hält im Sinne einer gesetzmäßigen Verkündung noch die Beobachtung des Art. 44 V.U. für erforderlich, wonach königliche Verordnungen von einem Minister gegenzuzeichnen sind.

Das Gesetz vom 10. April 1872 brachte noch eine Sonderregelung hinsichtlich der Bekanntmachung landesherrlicher Erlasse. In einigen kasuistisch aufgezählten Fällen genügt danach für die Verordnungen zur Erlangung der Gesetzeskraft die Veröffentlichung in Amtsblättern[2]. In der Literatur werden diese Erlasse, obwohl sie meist den Charakter einer Verwaltungsverordnung haben[3], zu Unrecht als Rechtsverordnungen behandelt[4].

---

1) Rönne, Staatsrecht der preuß. Monarchie, Bd. 1, S. 405.

2) Unter die Publikationspflicht fallen nach § 1 dieses Gesetzes z.B.:
die Verleihung des Expropriationsrechts,
die Verleihung des Rechts zur Entnahme von Chaussée-, Wegebau- und Unterhaltungsmaterialien,
die Verleihung des Rechts zur Erhebung von Chaussée- und Wegegeld,
die Statuten der Deichverbände,
die Erteilung von Konzessionen zum Bau und Betriebe von Eisenbahnen,
die Reglements für die landwirtschaftlichen Kreditvereine und ähnliche Bankinstitute etc., vgl. Schücking, Quellen, S. 197.

3) Vgl. z.B. den Erlaß vom 8. Dezember 1897, betreffend die Abänderung der Beschreibung der Königskrone im königlich-preußischen Wappen; den Erlaß vom 27. Januar 1898, betreffend die Rang- und Titelverhältnisse einzelner Beamtenklassen oder den Erlaß vom 18. Januar 1899, nach welchem den Regierungspräsidenten in Angelegenheiten der Landespolizei erforderlichenfalls Bezirkspolizeikommissare beizugeben sind, aufgeführt bei Schücking, Quellen, S. 367/370.

4) Vgl. z.B. Rönne, Staatsrecht, S. 396; Bornhak, Staatsrecht, S. 550.

Zieht man das Fazit aus den dargelegten Auffassungen, so scheinen sich die durchschlagenderen Argumente zunächst bei Arndt zu finden, der mit dem Reichsgericht die Praxis auf seiner Seite hat. Leider haben die von Arndt zum Beweis der Richtigkeit seiner Auffassungen zitierten Entscheidungen keine Verordnungen des Königs von Preußen zum Gegenstand. Auch eine weitere Entscheidung des RGZ im 40. Bande, die besonders deutlich erkennen läßt, daß man mit dem formellen Gesetzesbegriff operiert, setzt sich mit einer Reichsverordnung auseinander. Der materielle Gehalt eines Gesetzes bleibt dabei für das Reichsgericht unbeachtlich[1].

Damit wäre Arndts Ansicht, der Monarch sei in seinem Verordnungspublikationsrecht frei, bestätigt. Die Frage indes, ob sich dieses Privileg aus der früheren Prärogativgewalt herleitet, ist damit noch nicht beantwortet. Daß das Reichsgericht dieses Recht dem Bundesrat zubilligt[2], läßt den Schluß zu, daß das freie Publikationsrecht der vollziehenden Gewalt im Bereich des Verordnungsrechts nicht als Relikt königlich-absolutistischer Prärogativgewalt im obenerwähnten institutionellen Sinne anzusehen ist[3].

---

1) Vgl. RGZ Bd. 40/76. "Es mag zutreffen, daß Rechtsverordnungen in der Wirkung den Reichsgesetzen gleichstehen, aber deshalb können sie nicht überhaupt und namentlich mit Bezug auf ihren formellen Bestand den Reichsgesetzen gleichgestellt werden".

2) l.c. "Beim Mangel einer verfassungsmäßigen Formvorschrift für die Verkündung von Rechtsverordnungen des Bundesrates(!) muß angenommen werden, daß der Bundesrat in der Bestimmung der Verkündungsweise freie Hand hat".

3) Anzunehmen, dem Bundesrat seien frühere monarchische Kompetenzen zugefallen, wäre abwegig, handelt es sich doch bei ihm um eine "eigentümlich kühne Schöpfung", um eine "proles sine matre creata", so Robert v.Mohl, Das deutsche Reichsstaatsrecht, Tübingen 1873, S. 228 bzw. 230. Auch die Tatsache, daß das RGZ wegen Fehlens einer verfassungsmäßigen Formvorschrift ein freies Publikationsrecht im Verordnungsbereich annimmt,beruhtweniger auf einer auf den Absolutismus zurückweisenden Tradition als auf den damals herrschenden Zug zum Positivismus.

II. Prärogative als Ausfluß der allgemeinen Vollzugsgewalt

A. In England

Bereits zu Beginn der Geschlechterherrschaft in England war der König nicht nur als Haupt der Gesetzgebung, sondern auch als Haupt der vollziehenden Gewalt anerkannt worden. Die Entscheidungsgewalt darüber, ob der König seine Verordnungsgewalt über Gebühr ausgedehnt habe, lag bei der Curia baronum[1]. Im Laufe der Zeit entwickelte sich die Geschlechtergesetzgebung zu einer ständischen. Das Parlament wurde Gesetzgebungsorgan. Damit trat das Problem, wieweit nun die Verordnungsgewalt des Königs reiche, noch schärfer hervor. Bereits im 14. Jahrhundert war das Gebiet der selbständig neben der Gesetzgebung bestehenden königlichen Verordnungsgewalt als "king's prerogative" bezeichnet worden. Bei Gneist findet sich ein Zitat Blackstone's, welches die Prärogative als eine besondere Gewalt über andere (Personen) bezeichnet und sie als abweichend vom gewöhnlichen Gesetzgebungsverfahren auf originäre königliche Rechte zurückführt[2].

Unter Elisabeth I. wird dem Parlament noch keinerlei Einflußnahme auf die königliche Prärogativgewalt zugestanden[3].

Blackstone faßt die königliche Prärogative noch rein formell. Sie umfaßt die Verordnungen (ordinances), die der König ohne Mitwirkung des Parlaments erlassen kann, allerdings unter

---

1) Vgl. Stein, Vollziehende Gewalt, S. 153.

2) Vgl. Gneist, Englisches Verwaltungsrecht, S. 156: "Prerogative is a special power and preeminence, which the King hath above other persons, and out of the ordinary course of law, in right of his regal dignity".

3) Stein, a.a.O.

der Voraussetzung, daß noch kein entsprechendes Parlamentsgesetz (statute) vorliegt. Es beinhaltet das Begnadigungsrecht, das Recht zum Abschluß von Verträgen, Gerichts- und Münzhoheit, die Errichtung von Märkten sowie die Erteilung von Würden[1].

Das Verordnungsrecht ist unmittelbarer Ausfluß der Prärogative und ist nicht auf die Ausführung der Gesetze beschränkt[2].

Stein hat zutreffend herausgestellt[3], daß in Wirklichkeit derartige Verordnungen stets im Einklang mit dem Parlament erlassen werden. Die verantwortlichen, jeden Akt des Königs gegenzeichnenden Minister, sind immer Vertreter der herrschenden Klasse und damit die persönlichen Lenker der Gesetzgebung im Parlament. Damit ist ein Widerspruch zwischen der Auffassung des Parlaments und der des Königs praktisch nicht möglich.

B. In Frankreich

In Frankreich kam im Rahmen eines Verordnungsverfahrens, das sich aus den "ordonnances", den königlichen Erlassen des 12. Jahrhunderts, herleitete, den Gerichtshöfen, "parlements" genannt, eine besondere Bedeutung zu. Diese hatten das Recht der Protokollierung königlicher Erlasse (droit d'enrégistrement), das Recht, königliche Verordnungen zu verändern oder

---

1) Vgl. das bei Lorenz von Stein, Vollziehende Gewalt, S.153 angeführte Zitat: "The King may reject what wills may make what treaties may coin what money, may vocate what peers, may pardon what offenses, he likes only where the constitution hath expressedly or by evident consequence, laid down some exception or boundary".

2) Gneist, a.a.O., S. 454/455.

3) Stein, a.a.O., S. 155.

deren Erlaß zu verhindern, sowie das Recht, sogen. "arrêts de règlement" zu veröffentlichen, wodurch sie an der Gesetzgebung teilnahmen[1].

Die Protokollierung stellte die übliche Art der Veröffentlichung dar und sicherte dem König einen authentischen Text seiner Verordnungen[2].

Aus dem droit d'enrégistrement entwickelte sich im Laufe der Zeit bei den parlements der Brauch, ihnen nicht genehme Erlasse nicht zu registrieren und vom "droit de remontrance", dem Weigerungsrecht, Gebrauch zu machen. Da den königlichen Verordnungen vor Protokollierung keine Rechtskraft zukam, waren die Möglichkeiten der rechtlichen Einflußnahme der parlements nicht zu unterschätzen[3].

Immerhin blieb dem König neben der Möglichkeit machtpolitischer Einflußnahme auch der Weg des "lit de justice" oder der "lettre de jussion", um dem parlement seinen Willen aufzuzwingen, womit diesem nur noch die Funktion eines beratenden Gremiums, dem König dagegen die volle Entscheidungsgewalt zufiel[4]. Von dieser Möglichkeit aber wurde, wie Holtzmann ausführt, nur wenig Gebrauch gemacht[5].

---

1) Vgl. hierzu Robert Holtzmann, Französische Verfassungsgeschichte, München/Berlin 1910, S. 218.

2) Der König hatte meist selbst ein Interesse daran, festgestellt zu wissen, ob eine neu erlassene Verordnung nicht gegen bestehendes Recht oder frühere königliche Erlasse verstoße.

3) Dies tut Stein, a.a.O., wenn er von der fast machtlosen Stellung der parlements spricht. Sie waren, rechtlich gesehen, nicht machtlos. Ihre Entscheidungen wurden selbst von Philipp V. respektiert, vgl. Holtzmann, a.a.O.

4) Vgl. André Lebon, Das Verfassungsrecht der französischen Republik, Tübingen 1909, S. 1.

5) Holtzmann, a.a.O., S. 235.

Hinsichtlich der "arrêts de règlement", die man heute als Verwaltungsverordnungen bezeichnen würde, konnte der König die Kompetenz sowieso jederzeit an sich ziehen.

Der Einfluß der parlements ist auch in der Blütezeit des französischen Absolutismus nicht geschwunden, sondern eher gewachsen. Selbst unter Ludwig XIV. bezeichnete sich das Pariser Parlament als Hüter des Grundgesetzes und nannte den König 1722 sogar den ersten Beamten des Staates[1].

Nur in der Zeit von 1771 - in diesem Jahre löste Ludwig XV. das parlement durch Edikt auf und ersetzte es durch einen mit königlichen Beamten besetzten "grand conseil" - bis 1774 mit der Wiedereinsetzung des parlement durch Ludwig XVI. läßt sich ein uneingeschränkter Absolutismus feststellen.

Mit Lebon und Stein darf behauptet werden, daß gesetzgebende und vollziehende Gewalt bis 1789 in der Hand des Königs zusammenfallen[2]. Als Träger einer eigenen Staatsfunktion etwa im Sinne der Gewaltentrennung sind die parlements nicht anzusprechen.

Die französische Revolution trennte die bisher in der Person des Königs vereinigte Gesetzgebungs- und Verordnungskompetenz und beließ ihm lediglich in Kap. IV der Verfassung von 1791 die vollziehende Gewalt mit dem Recht, Verordnungen zu erlassen[3]. Zugleich stand ihm der Oberbefehl im Kriege, das Recht der Beamtenernennung und die völkerrechtliche Vertretung des Staates zu.

---

1) Vgl. Holtzmann, a.a.O., S. 321.

2) Lebon, Das Verfassungsrecht der französischen Republik, S. 1; Stein, Vollziehende Gewalt, S. 156.

3) Der Text dieser Bestimmung lautet mit seiner Überschrift: "De l'exercice du pouvoir exécutif", Art. 1 "Le pouvoir exécutif suprême réside exclusivement dans la main du Roi".

Besteht hinsichtlich der letztgenannten Kompetenzen eine deutliche Parallele zu den Verhältnissen in England, so gibt es dennoch keine "prérogative royale", denn hier ist die Gegenzeichnung der Minister, anders als in England, konstitutiv für die Gültigkeit der Verordnung[1]. Auch Art. 6 Titre III chap. IV sect. I der Verfassung von 1791 spricht dafür, daß dem König jegliches Verordnungsrecht genommen werden sollte[2].

Unter Napoleon setzt eine gegensätzliche Entwicklung ein. Die Verordnung verdrängt das Gesetz. Der persönliche Wille des Herrschenden tritt wieder an die Stelle des allgemeinen Willens, des Gesetzes[3]. Bereits die Consularverfassung vom 22. primaire des Jahres VIII legt in Art. 44 fest: "Le gouvernement propose les lois et fait les règlements nécessaires pour assurer leur exécution".

Die Charte vom 4. Juni 1814 bringt in Art. 14 eine präzise Formulierung des königlichen Verordnungsrechts[4], welches über die Kompetenz, Ausführungsverordnungen zu erlassen, hinausgehend, auch das Recht zum Erlaß von Sicherheitsverordnungen umfaßt[5]. Eine positive Abgrenzung des Umfangs der Verordnungsgewalt fehlt jedoch und verleitet Karl X., durch einfache Verordnungen die Verfassung zu ändern[6].

---

1) So zutreffend Stein, Vollziehende Gewalt, S. 157; so dem Sinne nach auch G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 89.

2) Vgl. Günther Holstein, Die Theorie der Verordnung im franz. und belg. Verwaltungsrecht, in Festgabe für Ernst Zitelmann, München/Leipzig 1923, S. 325 sowie G.Jellinek, a.a.O., S. 85. Der Text des Art. 6 lautet: "Le pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois pour en ordonner ou rappeler l'exécution".

3) Vgl. G. Jellinek, a.a.O., S. 93: "Die Verordnung absorbiert die Gesetzgebung".

4) Lebon, a.a.O., S. 6 bezeichnet sie als die erste parlamentarische Verfassung.

5) Art. 14 der Charte von 1814 lautet: "Le roi est le chef suprême de l'Etat, il commande les forces de terre et de mer ... et fait les règlements et ordonnances nécessaires

Die dagegen entfachte Juli-Revolution, formell nicht im Recht, wie Stein zutreffend bemerkt[1], schafft Klarheit mit der Charte vom 14. August 1830, indem sie in Art. 13 das königliche Verordnungsrecht einschränkt durch die Worte: "sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes ni dispenser de leur exécution". Während Stein hierin eine Einschränkung der Prärogative mit dem Inhalt einer rein negativen Bestimmung des Inhalts der königlichen Gewalt sieht[2], zieht Holstein hieraus den gegenteiligen Schluß[3].

Die geschichtliche Entwicklung gibt Holstein recht. Nachdem die republikanische Verfassung von 1848 den Präsidenten mit geringen Vollmachten ausstattet, wird dem Präsidenten in der Verfassung vom 14. Januar 1852 in Titre III Nr. 6 ausdrücklich ein Verordnungsrecht eingeräumt, das später auch dem Kaiser zukommt[4] und in Art. 14 der Verfassung vom 21. Mai 1870 für den Empereur bestätigt wird.

Der Kaiser hat die alleinige Gesetzesinitiative[5]. Zwischen Gesetz und Verordnung besteht nur insoweit ein Unterschied, als die Gesetze auf Anordnung des Kaisers durch das Parlament ausgefertigt werden.

---

pour l'exécution des lois et la sûreté de l'Etat".

6) Vgl. Lebon, a.a.O., S. 8.

1) Stein, Vollziehende Gewalt, S. 158.

2) Stein, a.a.O.

3) Holstein, a.a.O., S. 327: "Damit war das selbständige Verordnungsrecht des Königs, das nicht auf spezieller Ermächtigung durch einzelne Gesetze, sondern auf seiner allgemeinen Stellung als chef suprême de l'Etat beruhte, nicht etwa aufgehoben, sondern bestätigt".

4) Am 7. November 1952 wurde durch Senatsbeschluß das Kaisertum wieder eingeführt.

5) Titre III, Nr. 8 der Verfassung vom 14. Januar 1852.

Zur Frage einer Prärogativgewalt der Krone im Frankreich des 19. Jahrhunderts ist daher im wesentlichen Holstein zuzustimmen, wenn er ausführt: "Die besondere Rechtssetzungsbefugnis der Verwaltung, wie sie in Frankreich im 19. Jahrhundert geübt worden ist, steht in unmittelbarem kontinuierlichem Zusammenhang mit der selbständigen Rechtssetzungsmacht des Königs im ancien régime"[1].

Uneingeschränkt kann dieser Satz für die monarchische Verordnungsgewalt nur hinsichtlich der Verordnungspraxis übernommen werden. Verfassungsmäßig brachte die Charte von 1793 ja die Eliminierung des Königtums und auch die Charte von 1830 schränkte das Verordnungsrecht des Monarchen in erheblichem Umfang ein.

Sicherlich ist aber für die Zeit zwischen 1814 und 1830 auch verfassungsmäßig eine echte Prärogative in den dem König vorbehaltenen Rechten enthalten[2]. Gleichfalls läßt sich dies für die Zeit nach 1852 bejahen.

Dieser deutlich feststellbare Wechsel zwischen Epochen starker und geschwächter Prärogativgewalt der Krone in Frankreich zeigt den Einfluß sozialer Spannungen auf das Verhältnis von Gesetz und Verordnung. Einmal mehr beweist sich die Richtigkeit des Satzes, daß die Diskrepanz von Verfassung und Verfassungswirklichkeit sich als Spiegelbild der sozialen Verhältnisse darstellt.

---

1) Holstein, a.a.O., S. 328.

2) Vgl. hierzu G. Jellinek, a.a.O., S. 95: "Damit besitzt der Monarch einmal ein unmittelbar auf die Verfassung begründetes Verordnungsrecht auf dem Gebiet seiner Prärogative, ein Recht der Vollzugsverordnung und endlich ein illimitiertes Recht der Polizeiverordnung".

C. In Deutschland

In Deutschland taucht erst nach der Zeit des Absolutismus, der noch einmal einen Höhepunkt der Machtkonzentration in der Hand des Königs bringt, die Frage nach einer Prärogative des Herrschers auf. Erst mit dem Entstehen der Landesverfassungen von 1818 und 1819 wird dieses Problem relevant. Alle diese Verfassungen, die badische Verfassung von 1818, Titel I, § 5, die bayerische Verfassung von 1818, Titel I, § 1 und die württembergische Verfassung von 1819, Kapitel II, § 4 gehen von dem Grundgedanken aus, daß der Herrscher "in sich alle Rechte der Staatsgewalt" vereinigt. Er steht also an der Spitze von Vollziehung und Gesetzgebung. In den Verfassungen selbst ist der Versuch enthalten, den Übergriff der Vollziehung auf die Gesetzgebung einzudämmen.

Die württembergische Verfassung legt in § 88 die Zuständigkeit der Stände für Erlaß, Aufhebung oder Änderung eines Gesetzes fest, räumt aber in § 89 dem König das Recht ein, auch ohne Mitwirkung der Stände "die zur Vollstreckung und Handhabung der Gesetze erforderlichen Verordnungen und Anstalten zu treffen und in dringenden Fällen zur Sicherheit das Notwendige vorzukehren".

Dabei sehen aber weder Mohl[1] in seinen Ausführungen zur königlichen Gewalt noch Karl Göz[2] in seinen Bemerkungen zu § 89 der württembergischen Verfassung hierin eine Prärogative oder vielleicht einen Anklang daran.

Die Verfassungen der dreißiger Jahre haben den Grundsatz der Verfassungsmäßigkeit der königlichen Verordnung noch genauer herausgestellt[3]. Eine genaue Abgrenzung ist aber

---

1) Mohl, Staatsrecht des Königreichs Württemberg, S. 186 ff.

2) Vgl. Göz, Die Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg, Tübingen 1908, S. 157.

3) Vgl. z.B. § 88 der sächsischen Verfassung von 1831.

mangels eines präzisen Gesetzes- bzw. Verordnungsbegriffes nach wie vor nicht möglich. In der preußischen Verfassung von 1850 bedürfen die Verordnungen des Königs zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung der Minister (Art. 44 V.U.) und im Falle der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit steht dem König ein Notverordnungsrecht zu (Art. 63 V.U.). Diese Verordnungen bedürfen der Genehmigung des Landtages bei seinem nächsten Zusammentreten.

Eine Antwort auf das Problem der Abgrenzung von Gesetz und Verordnung gibt auch diese Bestimmung nicht, da es sich um Notverordnungen handelt[1]. Diese geben durch ihren Ausnahmecharakter keinen Eindruck von der Grenze zwischen vollziehender und gesetzgebender Gewalt.

Die Prärogativgewalt der Krone ist aber unproblematisch und unumstritten, soweit sie Rechte wie Kriegsführung, Vertretung nach außen etc. betrifft. Dieses Verordnungsrecht des Monarchen wird aufgrund der eindeutigen verfassungsrechtlichen Zuweisung (vgl. Art. 43 bis 52 V.U.) ohne Diskussion als monarchisches Privileg anerkannt.

Für eine Interpretation bleibt dann nur noch insoweit Raum, als sie sich nicht grundsätzlich gegen das bestehende Prärogativrecht richtet. So sieht Anschütz[2] in Art. 43 ff. V.U. eine Aufzählung der königlichen Prärogativrechte, während Arndt hierin nur eine verfassungsmäßige Beschränkung früherer königlicher Prärogativgewalt sehen will[3]. Im Ergebnis kommt beides auf das gleiche hinaus. Der Streit geht eben um jene Verordnungsgewalt, die aus der gesetzgebenden hergeleitet wird.

---

1) Vgl. Bornhak, Staatsrecht, S. 538 ff. sowie Rönne, Staatsrecht, Bd. 1, S. 368 ff.

2) Theorien, S. 49, Anm. 72.

3) Arndt, Verordnungsrecht, S. 68.

III. Prärogative als Ausfluß der gesetzgebenden Gewalt

Das Verordnungsrecht des Art. 45 V.U. kann aus systematischen Erwägungen heraus nur im Zusammenhang mit einer etwaigen Prärogativgewalt aus Art. 62 V.U. erörtert werden.

Nach Art. 45 V.U. befiehlt der König die Verkündung der Gesetze und erläßt die zur Ausführung nötigen Verordnungen. Hiermit ist ihm ein wesentlicher Einfluß auf die Durchführung der Gesetze eingeräumt und die hierin enthaltene Prärogative wird, unabhängig davon, ob man sich zum Verordnungsrecht intra oder praeter legem bekennt, allgemein anerkannt[1].

Es fragt sich jedoch, ob nicht in der der Publikation zeitlich vorausgehenden Sanktion des Gesetzes ein Recht absolutistischer Macht zu sehen ist, welcher sich als eine noch bedeutsamere Prärogative darstellt, einer Prärogative, die direkt aus der Beteiligung des Monarchen an der Gesetzgebung nach Art. 62 V.U. hergeleitet werden kann.

Eine Bemerkung zum Recht der Gesetzesinitiative sei vorausgeschickt. Art. 64 V.U. räumt sowohl dem König als auch jeder Kammer das Recht der Gesetzesinitiative ein. Lediglich in den Verfassungen vor 1848 war das Initiativrecht noch dem Staatsoberhaupt allein vorbehalten, da man die Initiative des Landtags mit dem monarchischen Prinzip nicht für vereinbar hielt. Hier liegt die königliche Prärogative also schon im Einfluß des Monarchen auf die Gesetzesinitiative.

Da das oben angeschnittene Problem nur in dem Fall relevant wird, wo die Gesetzesinitiative von den Kammern ausgeht (die von ihm selbst eingebrachten Gesetzesentwürfe wird der Monarch wohl stets sanktionieren) soll für diese Variante

---

1) Anschütz, a.a.O., S. 49.

der Weg eines konstitutionellen Gesetzes bis zur Publikation verfolgt werden[1].

Art. 62 V.U. fordert die Übereinstimmung der Kammern und des Königs zu jedem Gesetz. Hat der Gesetzentwurf die Übereinstimmung der Kammern erzielt, so geht er durch Vermittlung des Präsidenten des zuletzt mit dem Gesetzentwurf befaßten Hauses an den Ministerpräsidenten, der ihn dem König zur Beschlußfassung vorlegt[2]. Von diesem Zeitpunkt an hat das Gesetz noch zwei Stationen zu durchlaufen, den des inneren Vorgangs der Sanktion und den des äußeren, der Publikation.

Die erste Station, die Genehmigung oder Sanktion des Königs wird gemeinhin aus seiner Stellung als Oberhaupt der gesetzgebenden und vollziehenden Gewalt hergeleitet[3]. Dabei ist es dem König freigestellt, ob er die Sanktion erteilen will oder nicht, selbst für den Fall, daß ein von ihm persönlich eingebrachter Gesetzentwurf unverändert von beiden Kammern angenommen wird[4].

Was das Sanktionsrecht anbelangt, dokumentiert sich eine erstaunliche Einstimmigkeit aller Kommentatoren des preußischen Staatesrechtes, die keinen Zweifel an ihrer Auffassung

---

1) Dabei ist festzuhalten, daß auch bei Gesetzesinitiative durch den König und Zustimmung durch die Kammern dies nicht als eine Art antezipierter Sanktion aufzufassen ist, vgl. Bornhak, Staatsrecht, Bd. 1, S. 528. Anders war die damalige Situation in Schweden. Es gab dort Gesetze, die auf königlichen Vorschlag vom Reichstag angenommen wurden und einer weiteren Sanktion nicht mehr bedurften, vgl. G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S.34.

2) Vgl. Hermann Schulze, Das Preußische Staatsrecht, Bd. 2, Leipzig 1890, S. 21.

3) Vgl. Schulze, a.a.O., Bd. 1, S. 159. Er leitet das Sanktionsrecht aus dem Wortlaut anderer deutscher Verfassungen ab; Bornhak, a.a.O., S. 528 stützt sich auf das aus § 6 II 13 ALR hergeleitete Majestätsrecht.

4) Vgl. die überwiegende Meinung im Schrifttum, die diesem Ergebnis zustimmt, bei Rönne, Staatsrecht, S. 391.

von der Rezeption des monarchischen Prinzips in die preußische Verfassung lassen.[1)]

Das Sanktionsrecht des Königs ist folglich auch nirgendwo bestritten worden. Es ist unbefristet und formlos. Die Verweigerung der Genehmigung, das Veto, kann auch stillschweigend ausgeübt werden, indem der Gesetzesentwurf einfach beiseite gelegt wird.

Anlaß zu Auseinandersetzungen gibt dann allerdings die Frage, zu welchem Zeitpunkt das Gesetz als rechtlich entstanden anzusehen ist. Rönne[2)] will die Ausübung des Sanktionsrechtes bis zur neuen Sitzungsperiode des Landtags befristet wissen. Bis zu diesem Zeitpunkt müsse sich der Monarch erklärt haben. Diese Auffassung konnte sich aber nicht durchsetzen[3)].

Bornhak[4)] steht mit seiner Auffassung, mit der Sanktion sei das Gesetz rechtlich entstanden, allein. Die Unterschrift unter das Gesetz ist unwiderruflich. Diese Ansicht hat den Widerspruch mehrerer Staatsrechtslehrer wachgerufen, die alle das Gesetz erst mit dem Zeitpunkt der Verkündung für zustandegekommen erachten[5)].

---

1) Neben Rönne, Staatsrecht, a.a.O. vgl. auch Arndt, Verfassungsurkunde, S. 260; Bornhak, Staatsrecht, Bd. I, S. 528; Schulze, a.a.O., Bd. I, S. 159; Zoepfl, Heinrich, Grundsätze des allgemeinen und deutschen Staatsrechts, Leipzig/Heidelberg 1856, 4. Aufl., Bd. II, § 373, S.450 ff.

2) Rönne, a.a.O., S. 392.

3) Ablehnend mit eingehender Begründung Schulze, a.a.O., Bd. 2, S. 23.

4) Bornhak, a.a.O., S. 528/529.

5) Vgl. Laband, Staatsrecht, Bd. 2, S. 30; Schulze, a.a.O., S. 22; Max von Seydel, Bayerisches Staatsrecht, 2. Aufl., Bd. 3, S. 554; G. Jellinek, a.a.O., S. 327/328. Letzterer verlegt die Geburtsstunde des Gesetzes allerdings schon in die Übermittlung der unterzeichneten Gesetzesurkunde an den mit der Publikation beauftragten Minister. Im Ergebnis läuft dies auf das gleiche hinaus wie die vorher genannten Auffassungen, da dem Publikationsbefehl obligatorisch die Verkündung zu folgen hat.

Laband geht dabei noch ausführlich auf die Tatbestandswirkung eines sanktionierten Gesetzes ein. Aus der Tatsache, daß ein Gesetz genehmigt wurde, folgt die verfassungsmäßige Verpflichtung eines darin berufenen Organs, dieses Gesetz zu verkünden. Es zeigt sich dabei eine Besonderheit der monarchischen Verfassung: Da hier Sanktionierung und Verkündungspflicht demselben Organ, dem Monarchen zufallen, kann dieser bis zur Verkündung die Sanktion jederzeit rückgängig machen.

Die vorausgegangenen Untersuchungen haben gezeigt, daß es allein in der Hand des Königs liegt, die Legislative zu beleben oder völlig lahmzulegen. Merkwürdigerweise ist dieser Umstand unter dem Gesichtspunkt der Prärogative so gut wie gar nicht gewürdigt worden.

Wohl spricht Rönne an einer Stelle einmal von einem ungesetzlichen Eingriff in die Prärogative der Krone. Dies ist aber auf jenen Fall gemünzt, wo die Kammern in das Publikationsrecht (Art. 45 V.U.) des Königs eingreifen[1]. Lediglich Arndt argumentiert im obigen Sinne, wenn er das Sanktionsrecht des Königs im Zusammenhang mit einer Interpretation des Art. 62 V.U. als "absolutes Veto" bezeichnet[2].

Ist dies ein Recht im Sinne des aus dem englischen Rechtskreis gewonnenen Begriffs der Prärogative?

Soweit es das Publikationsrecht des Monarchen betrifft, wurde dies bereits bejaht. Der wesentliche Ansatzpunkt für die Annahme einer königlichen Prärogative liegt jedoch

---

1) Rönne, a.a.O., S. 393, Anm. 3.

2) Vgl. Arndt, Verordnungsrecht, S. 33: "Die weitere Vorschrift in Art. 62 bedeutet, daß nicht etwa die Mehrheit der gesetzgebenden Faktoren, auch nicht etwa die mehrmalige Annahme desselben Gesetzes durch zwei Faktoren, sondern daß die Einmütigkeit aller Faktoren zu jedem einzelnen Gesetz erforderlich ist."

schon früher, eben bei dem erwähnten Sanktionsrecht des Monarchen. Verweigert er die Sanktion eines Gesetzes, so kommt es gar nicht zu einer Diskussion um das Verordnungsrecht aus Art. 45 V.U.

Als eine Prärogative in demselben institutionellen Sinne, d.h. im Sinne Blackstone's ist dieses Sanktionsrecht sicherlich nicht anzusprechen, denn die Prärogative des englischen Königs bewegte sich ja gerade außerhalb und in Abweichung vom allgemeinen Gesetzgebungsverfahren.

Aber ist der Einfluß des Monarchen durch sein Sanktionsrecht nicht ungleich größer als bei einem noch so ausgedehnten Verordnungsrecht praeter legem?

Läßt man einmal den wohl entscheidenden Einfluß sonstiger Verfassungsbestimmungen - man denke nur an den Druck, den die Kammern durch das Budgetrecht auf den König ausüben konnten - als auch den Einfluß der Verfassungswirklichkeit außer Betracht, so hat, zumindest theoretisch, der König die Möglichkeit, nur die Gesetze zu sanktionieren, die ihm genehm sind. Durch sein Veto vermag er den Einfluß der Landstände auszuschalten.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten:
Der Einfluß des Monarchen auf die Publikation der Gesetze ist als Prärogative anzusprechen. Das Recht der Sanktion ist kein Prärogativrecht im herkömmlichen institutionellen Sinne, sondern ein Relikt alter absoluter Macht, oder wie man es zur Zeit des Konstitutionalismus ansprach, des monarchischen Prinzips, als solches aber von noch größerer Bedeutung als die in Art. 45 V.U. eingeräumte Prärogative. Man könnte es als ein Prärogativrecht im materiellen Sinne bezeichnen.

4. Kapitel

Der staatsrechtliche Positivismus
Die Abgrenzung von Gesetz und Verordnung

Während in Frankreich und England Volkssouveränität und Parlament gesiegt hatten, ist die staatsrechtliche Situation im Deutschland des ausgehenden 19. Jahrhunderts infolge des Einflusses von Heer und Beamtentum einerseits, einer starken Stellung der Fürsten andererseits, durch das Ringen zwischen monarchischem Prinzip und konstitutioneller Theorie gekennzeichnet. Dabei wirft vor allem der in den Verfassungen zu findende Terminus "gesetzgebende Gewalt" Probleme auf.

Sollte dies, wie von den leitenden Theorien vertreten[1], gleichbedeutend mit rechtsetzender Gewalt sein, dann hätte der Monarch die Möglichkeit der Rechtsetzung nur noch im Zusammenwirken mit der Volksvertretung. Oder kommt ihm auch in seiner Funktion als Haupt der vollziehenden Gewalt in gewissem Rahmen die Kompetenz der Rechtsetzung zu?

Die preußische Verfassung wird alsbald Gegenstand umfangreicher staatsrechtlicher Untersuchungen, welche alle in der Fragestellung kulminieren, ob sich das monarchische Verordnungsrecht "intra" oder "praeter legem" zu bewegen habe.

Artikel 11 der Reichsverfassung von 1871 hatte den König von Preußen zum Vorsitzenden des Bundesrats und gleichzeitig zum deutschen Kaiser gemacht. Preußen war damit unter Führung Bismarcks zum bedeutendsten und mächtigsten der deutschen Staaten geworden.

---

1) Vgl. Anschütz, Theorien, S. 14.

Daher scheint es berechtigt, die konstitutionelle Bewegung im staatsrechtlichen Positivismus anhand des preußischen Staatsrechts darzustellen[1], zumal die Fassung der preußischen Verfassungsurkunde für die Ausdrucksweise der Norddeutschen Bundesverfassung und der Reichsverfassung von 1871 von maßgebendem Einfluß war[2]. So übernimmt z.B. nach Art. 5, Abs. 1 RV der Bundesrat die Funktionen, welche in Preußen dem König zustehen.

I. Das Verordnungsrecht "intra legem"

Es besteht kein Zweifel am Verdienst Labands, durch die Lehre vom dualistischen Gesetzesbegriff die Diskussion um die Abgrenzung von Gesetz und Verordnung entscheidend belebt zu haben.

Allerdings ist dies nicht der erste Versuch einer derartigen Abgrenzung. Bereits 1867 hatte E. A. Chr. von Stockmar in Aegidis Zeitschrift für deutsches Staatsrecht in seinen Studien über das preußische Staatsrecht[3] die doppelte Bedeutung des Wortes "Gesetz" herausgestellt. Stockmar geht dabei, nicht wie Laband, von einem vorgefaßten Gesetzesbegriff aus, um diesen dann zur Interpretation der Verfassung heranzuziehen, sondern er macht umgekehrt die verfassungsrechtliche Situation zum Ausgangspunkt seiner Untersuchungen. Die Unklarheit des Begriffes "Gesetz" in Art. 62 VU

---

1) Hier der Wortlaut der umstrittenen Bestimmungen der preußischen Verfassung:
Art.45 S. 1: "Dem Könige allein steht die vollziehende Gewalt zu".
Art.62 Abs.1: "Die gesetzgebende Gewalt wird gemeinschaftlich durch den König und durch zwei Kammern ausgeübt".

2) Vgl. Art.5 Abs.1 RV und Art.62 VU.

3) E.A.Chr. von Stockmar, a.a.O., S. 201 ff.

regt ihn zu einer Untersuchung dieses Begriffes an. Dabei erreichen seine Ausführungen wie, Gesetz im materiellen Sinne heißt "jede Norm von einer gewissen inneren Beschaffenheit"[1], noch nicht die Klarheit und Systematik wie bei Laband, so daß letzterer zu Recht als der eigentliche Schöpfer des dualistischen Gesetzesbegriffes angesprochen werden kann.

Dennoch war es einigen Kommentatoren des preußischen Staatsrechts schon allein aufgrund der konstitutionellen Theorie möglich gewesen, Gesetz und Verordnung im Sinne des Positivismus gegeneinander abzugrenzen.

A. Das Verordnungsrecht nach der konstitutionellen Theorie (Ludwig von Rönne)

Lange Zeit ist Rönnes Staatsrecht der preußischen Monarchie[2] das führende Kompendium zu diesem Thema gewesen. Aus § 1 Teil 2 Titel 13 ALR die stillschweigende Rezeption des monarchischen Prinzips in die preußische Verfassung folgernd[3], kommt er bei der Betrachtung der gesetzgebenden Gewalt zu dem Ergebnis, daß das Staatsoberhaupt kein Gesetz "ohne Zustimmung der Volksvertretung" erlassen kann[4]. Die Begründung dieser Auffassung liegt für ihn im Wesen der konstitutionellen Theorie. Er benutzt sie, wie Anschütz[5] sich ausdrückt, als "subsidiär anwendbare Rechtsquelle". Stellt man

---

1) E.A.Chr. von Stockmar, a.a.O.

2) 1. Aufl., Leipzig 1856 (dem Bearbeiter hat die 3. Aufl. Leipzig 1881 vorgelegen).

3) Rönne, a.a.O., S. 151, 1. Bd.

4) a.a.O., S. 348.

5) Anschütz, Theorien, S. 15.

nun die Frage nach dem Umfang des königlichen Verordnungsrechts bei Rönne, so läßt sich dies nur nach einer Erörterung seines Gesetzesbegriffs beantworten. Rönne unterscheidet[1]:

a. Eigentliche Gesetze (Gesetze im engeren Sinn), die mit der Volksvertretung vereinbart werden,
b. königliche Verordnungen mit Gesetzeskraft (oktroyierte Gesetze),
c. Ausführungsverordnungen.

Eindeutig legt er sich dahingehend fest, daß die in Art. 45 VU dem König eingeräumte vollziehende Gewalt nur die Befugnis zum Erlaß von Ausführungsverordnungen, d.h. für ihn Verwaltungsverordnungen, beinhalte. Zum Erlaß von Rechtsvorschriften mit Verpflichtungswirkung für den einzelnen Staatsbürger ist er nicht befugt[2].

Anläßlich der Verhandlungen über den Erlaß des Prisenreglements vom 20. Juni 1864[3] wurde seitens der Staatsregierung die Auffassung vertreten, das Wesen der vollziehenden Gewalt beinhalte ein über die Ausführungsverordnung hinausgehendes Verordnungsrecht.

Rönne widersetzt sich dieser Auffassung mit dem Hinweis auf den Wortlaut des Artikels 45 ("Ausführungsverordnung"). Die Regelung von Rechtssätzen geschehe durch die gesetzgebende Gewalt, nicht aber durch die vollziehende[4].

Unter den zu b. genannten Verordnungen mit Gesetzeskraft versteht Rönne lediglich die Notverordnungen nach Art. 63 VU, womit nach Rönne wegen des Ausnahmecharakters dieses Verordnungstypus nichts über eine grundsätzliche, d.h. materielle Gesetzeseigenschaft der Verordnung ausgesagt ist.

---

1) Rönne, a.a.O., S. 348.
2) a.a.O., S. 366.
3) Vgl. die Zitate bei Rönne, a.a.O., S. 366 Anm. 2.
4) a.a.O., S. 367.

Eine Diskrepanz zwischen staatsrechtlicher Theorie und Verfassungswirklichkeit ergibt sich jedoch, wie Rönne selbst einräumt[1], in der Handhabung des Art. 62 VU. Steht hiernach dem König und den Kammern die gesetzgebende Gewalt gemeinschaftlich zu, so sind in Preußen dennoch Gesetze erlassen worden, die den König ermächtigten, durch Verordnung ohne Zuziehung der Kammern Gegenstände zu regeln, die zur Gesetzgebung gehören[2]. Rönne lehnt eine derartige Praxis als verfassungswidrig ab[3].

B. Das Verordnungsrecht nach dem dualistischen Gesetzes- und Verordnungsbegriff

1. Paul Laband

Die Lehre vom dualistischen Gesetzesbegriff, dem Gesetz im materiellen und formellen Sinn, hat die Mehrzahl der staatsrechtlichen Publizisten entscheidend beeinflußt und die Diskussion um die Abgrenzung von Gesetzgebungs- und Verordnungsgewalt belebt. Eine endgültig befriedigende Lösung, das sei vorausgeschickt, brachte sie nicht.

Das Wesen dieser Unterscheidung ist kurz folgendes: Gesetz im materiellen Sinne bedeutet die "rechtsverbindliche An-

---

1) a.a.O., S. 356 Anm. 3.

2) Vgl. z.B. Gesetz vom 7. Mai 1853, betreffend die Bildung der Ersten Kammer (Gesetzessammlung 1853, S. 181). Dieses Gesetz bestimmte, daß die Erste Kammer durch königliche Anordnung zu bilden sei.

3) a.a.O., S. 356: "Deshalb ist es mit dem Grundsatz des Artikel 62 unvereinbar, in ein Gesetz die Bestimmung aufzunehmen, daß der König ermächtigt sein solle, im Wege königlicher Verordnung Vorschriften über Gegenstände zu erlassen, welche an sich und ihrer Natur nach zu denjenigen gehören, welche der Gesetzgebung angehören".

ordnung eines Rechtssatzes"[1]. Vor Erlaß der Verfassungen definierte man jede allgemeine Verfügung der gesetzgebenden Gewalt mit Rechtssatzcharakter als Gesetz. Jeder ordnungsgemäß erlassene Befehl eines Monarchen war verbindlich, ob er nun einen Rechtssatz mit Bindungswirkung für die Gerichte oder nur Verwaltungsanordnungen betraf.

Der Konstitutionalismus bringt mit der Teilung der Gewalten eine formale Einschränkung dieser bisher unbeschränkten Gesetzesgebungskompetenz. Die gesetzgebende Gewalt kann nur wirksam werden durch Übereinstimmung von Krone und Volksvertretung. Damit bestimmen auch formelle Kriterien den Begriff des Gesetzes.

In Berücksichtigung dieser Entwicklung scheidet Laband aus dem formellen Gesetzesbegriff alle Anordnungen von Rechtsgesetzen aus, "welche der Monarch ohne Zustimmung der Volksvertretung aufgrund einer allgemeinen, in der Verfassung oder einer speziellen ihm in einem Gesetz erteilten Ermächtigung zu erlassen befugt ist".[2]

Nicht jede Anordnung eines Rechtssatzes, d.h. Gesetzes im materiellen Sinne, ist zugleich Gesetz im formellen Sinn. Entscheidend für den Begriff des formellen Gesetzes ist eben die Form, in welcher der staatliche Wille erklärt wird. Es kommt also nicht darauf an, daß das Gesetz auch einen Rechtssatz enthält.

Welche Position nimmt nun in diesem System die Verordnung ein? Die Antwort auf diese Frage liegt in der Beziehung zwischen den beiden eben erörterten Seiten des Gesetzesbegriffes. Anschütz[3] faßt dies in dem Satz zusammen: "Jedes

---

1) Laband, Staatsrecht, 2. Bd., S. 2.
2) Laband, a.a.O., S. 62.
3) Theorien, S. 17.

Gesetz im materiellen Sinn muß die Form des legislativen Aktes aufweisen, es sei denn, daß ein formelles Gesetz eine andere Form, den Verordnungsweg, zuläßt". Diese Auffassung macht die Verordnung zu einer Funktion des (formellen) Gesetzes und es ist unschwer zu erkennen, daß damit die Weiche zu einem eingeschränkten Verordnungsrecht intra legem gestellt ist.

Man stützt sich dabei auf eine Interpretation des Art. 62 VU im Sinne des dualistischen Gesetzesbegriffes. Hiernach müsse das Wort "Gesetz" in diesem Artikel notwendig im materiellen Sinne zu verstehen sein. "Denn", so folgert Laband in seinem Budgetrecht[1], "wenn man den formellen Sinn des Wortes Gesetz in den Art. 62 VU hineinlegen wollte, so würde der Artikel eine nichtssagende, inhaltlose Tautologie enthalten".

Folgt man nun der oben dargelegten Auffassung Labands, daß es für den Begriff des formellen Gesetzes auf die Form ankomme, in der der staatliche Wille erklärt wird, so könnte andererseits eine Verordnung, sofern sie einen Rechtssatz enthält, doch Gesetz im materiellen Sinne sein. Diese Frage klärt sich, wenn auch nur terminologisch, aus der Systematik des Verordnungsrechts, welche Laband in Anlehnung an seinen dualistischen Gesetzesbegriff entwickelt[2]. Er gelangt dabei zu einem doppelten Verordnungsbegriff, der aus dem Gegensatz zum Gesetzesbegriff entwickelt wird.

Da das materielle Gesetz die Anordnung einer Rechtsregel enthält, kann die materielle Verordnung nicht den gleichen Inhalt haben. "Sie enthält keinen Rechtssatz, sondern ist die Anordnung auf dem Gebiet der Verwaltung"[3]. Der Rechts-

---

1) Vgl. Laband, Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preußischen Verfassungsurkunde, Berlin 1871, S. 10.

2) Vgl. Laband, Staatsrecht, Bd. 2, S. 85 ff.

3) Laband, a.a.O., S. 86.

vorschrift, dem Gesetz in materiellen Sinne, entspricht daher die Verwaltungsvorschrift, die Verordnung im materiellen Sinne.

Der formelle Verordnungsbegriff wird gleichfalls aus dem Gegensatz zum formellen Gesetzesbegriff gewonnen. Verordnungen im formellen Sinne sind danach alle diejenigen Anordnungen, welche ohne Mitwirkung der Volksvertretung ergehen[1].

Leider hat aber auch diese logisch fundierte Systematik das Problem des Umfangs der königlichen Verordnungsgewalt nicht lösen können, fallen doch sowohl Rechtsvorschriften als auch Verwaltungsvorschriften unter diesen formellen Verordnungsbegriff. Dennoch bedienen sich Laband und alle Anhänger seiner Lehre nach wie vor der herkömmlichen Unterscheidung von Rechtsverordnung und Verwaltungsverordnung. Die Unterscheidung von Verordnung in materiellem und formellem Sinne ist nichts mehr als die terminologische Ergänzung zum dualistischen Gesetzesbegriff und hat mangels sachlicher Bedeutung die Kritik ihrer Gegner herausgefordert[2].

Zwar kann man nun die Rechtsverordnung in die Gruppe der Gesetze im materiellen Sinne einreihen, doch ist damit noch nicht die Frage geklärt, ob "gesetzgebende Gewalt" in Art. 62 VU im Sinne des materiellen Gesetzesbegriffes zu verstehen ist.

Soweit sie lediglich Anweisungen an die Behörden enthalten, sind sie Verwaltungsverordnungen und damit Verordnungen im materiellen (und formellen) Sinne. Falls sie jedoch die "Detaillierung von Gesetzesregeln"[3] bringen und damit in

---

1) a.a.O. S. 87.

2) Vgl. z.B. Albert Haenel, Studien zum deutschen Staatsrecht, Leipzig 1888, Bd. 2, S. 108.

3) Laband, a.a.O., S. 88.

die Rechtssphäre der Untertanen eingreifen, sind die Gesetze im materiellen Sinne[1].

Nach Art. 45 VU steht dem König allein die Kompetenz zum Erlaß der Ausführungsverordnungen zu. Letztere sind häufig Gesetze im materiellen Sinne. Räumt also die Verfassung dem König zumindest auf diesem Gebiet die alleinige gesetzgebende Gewalt ein? Unschwer lassen sich hier für die Befürworter der Verordnung mit Gesetzeskraft oder praeter legem Ansatzpunkte für ihre Thesen finden.

In Bezug auf das Staatsrecht des Deutschen Reiches bedürfen die Ausführungen Labands zu den Regierungsrechten des Kaisers besonderer Erwähnung. Während sich, wie er einräumt[2], die Rechte des Kaisers dem einzelnen wie in Zoll, Militär- oder Postangelegenheiten nur bei der Darstellung dieser Materie entwickeln lassen, versucht er im übrigen auch allgemein die Stellung des Kaisers im Organismus des Reiches zu bestimmen.

Ausgehend vom Charakter des Reiches als einer öffentlichrechtlichen Korporation, deren Mitglieder die einzelnen Staaten sind, sieht er den Kaiser in Analogie an die juristische Person des Privatrechts als Vorstand oder Direktor dieser Korporation an. Nur er allein kann handeln, Bundesrat und Reichstag können nur Beschlüsse fassen[3]. Dabei geht Laband jedoch nicht so weit, den Kaiser als Monarchen zu bezeichnen. Es entsteht lediglich der Anschein,als wäre der Kaiser der Monarch des Reiches[4]. Laband unterscheidet dabei ausdrücklich Kaisertum und Monarchentum. Er sieht den

---

1) a.a.O., S. 89.
2) a.a.O., Bd. 1, S. 228.
3) a.a.O., S. 229.
4) a.a.O., S. 230.

Gegensatz nicht in der Verschiedenheit der Machtbefugnisse, sondern in der Verschiedenheit des Rechtsgrundes, auf dem sie beruht. Zur Monarchenstellung mangelt es dem Kaiser an der Souveränität[1].

Aus der Direktorialstellung folgert Laband folgende Befugnisse des Kaisers:

1. Der Kaiser ist der alleinige ausschließliche Vertreter des Reiches Dritten gegenüber.
2. Dem Kaiser liegt die Regierung des Reiches ob.
3. Der Kaiser ist der Verwalter der Machtmittel des Reiches.
4. Der Kaiser hat die dem Reich zustehende Staatsgewalt in Elsaß-Lothringen auszuüben[2].

Diese privatrechtliche Analogie ist nicht ohne Widerspruch geblieben. Insbesondere Philipp Zorn hat sich kritisch mit ihr auseinandergesetzt. Stein des Anstoßes ist Satz 2, der dem Kaiser das Regierungsrecht im Reiche einräumt. Zorn stellt sich auf den wohl nicht haltbaren Standpunkt, daß der Bundesrat Regierungsorgan des Reiches sei[3]. Hier offenbart sich ein Mangel der Reichsverfassung, die zwar dem Bundesrat in Art. 7 RV gewisse Rechte einräumt, die regelmäßig von Regierungen wahrgenommen werden, aber die Exekutive tatsächlich in die Hand des Kaisers, dem verfassungsmäßig nur einzelne Regierungsrechte zustehen, legt.

Laband spricht zutreffend von einer Doppelstellung des Bundesrates, welcher teils zur Ausübung und Geltendmachung der Mitgliedschaftsrechte der einzelnen Bundesstaaten auftrete, teils als Organ des Reiches fungiere[4]. Zorn selbst muß,

---

1) Dies ist ein Beweis mehr dafür, welche Bedeutung die Frage der Souveränität für die Kompetenz eines Herrschers haben kann.

2) Eine Aufzählung dieser Kompetenzen findet sich bei Laband, a.a.O., S. 230 ff.

3) 2 Philipp Zorn, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 1. Bd., 2. Aufl., Berlin 1895, S. 212.

4) Laband, a.a.O., S. 236.

weil er diesen Zustand als mit der Reichsverfassung nicht vereinbar ansieht, zugeben, daß dann ein bedenkliches Dilemma zurückbleibt[1].

2. Georg Jellinek

Georg Jellinek untersucht die Begriffe Gesetz und Gesetzgebung zunächst grammatisch und stellt dabei die Vielfalt von Bedeutungen fest, die diesem Begriff die Jahrhunderte hindurch zueigen waren. Danach hat das Gesetz, sofern es die Tatsache des Anordnens betrifft, eine subjektive Seite, sofern es den Inhalt der Anordnung, das Angeordnete betrifft, eine objektive. Ferner bedeutet Gesetz im Sprachgebrauch des Alltags jede Rechtsnorm. Es sei die Quelle zum Gewohnheits- oder vom Staate gesetzten Rechts, ob geschrieben oder ungeschrieben. Auch die Bezeichnung eines Komplexes von Normen z.B. das Gesetz Moses! oder als Prinzip (Gleichheit vor dem Gesetz) finde der Begriff Anwendung[2].

Die historische Untersuchung des Gesetzesbegriffes habe gezeigt, daß vor allem zwei Merkmale immer wieder aufträten, die verbindliche Anordnung eines Rechtssatzes und der feierlich erklärte Staatswille[3]. Dies deckt sich mit dem oben erläuterten Gesetz im materiellen und formellen Sinne.

In seinen Ausführungen zum Begriff des formellen Gesetzes wendet er sich dann allerdings scharf gegen die Auffassung, die Teilung der Gewalten habe das Gesetz zum höchsten und stärksten Willensakt des Staates gemacht[4]. Formelles Gesetz, Verordnung oder Verfügung haben, sofern sie ordnungsgemäß erlassen sind, "die gleiche Intensität staatlichen Wollens in sich"[5].

---

1) Zorn, a.a.O., S. 213.

2) G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 228/229.

3) a.a.O., S. 231.

4) Dies behauptet z.B. Ulbrich, Das Staatsrecht der Österreichisch-Ungarischen Monarchie, Freiburg 1884, S. 392.

5) G. Jellinek, a.a.O., S. 249.

Die Besonderheit des formellen Gesetzes besteht lediglich darin, daß ein formelles Gesetz nur durch ein förmliches Gesetz wieder aufgehoben werden kann.

In seiner Auffassung vom Wesen der Verordnung, welche er zunächst unter dem Gesichtspunkt der Abgrenzung von Gesetz und Verordnung untersucht, steht G. Jellinek ganz auf dem Boden der Laband'schen Lehre von der Verordnung im materiellen und formellen Sinne[1]. In Anlehnung an Lorenz von Stein erweist er seinen Blick für die praktischen Erfordernisse der Staatsführung, welche, soll sie funktionsfähig sein, eines Instrumentes bedarf, um die Schwerfälligkeit des Gesetzesapparates auszugleichen, eben der Verordnung.

Er trägt dem Rechnung, wenn er das Verordnungsrecht der Regierung nicht auf die reine Vollziehung beschränkt wissen will[2]. Allein, in der Praemisse ein Verfechter von Stein' scher Thesen, ist Jellinek nicht bereit, die dort vorgezeigte Marschrichtung zu einem Verordnungsrecht praeter legem auch selbst einzuschlagen. Er sieht das Gesetz nicht als inhaltliche Bestimmung, sondern als Grenze dieser Verordnung an und spricht sich klar für ein eingeschränktes Verordnungsrecht aus: "Wie jede freie Tätigkeit der Persönlichkeiten und Staatsorgane darf sie nicht gegen das bestehende Gesetz sein, noch vermag sie aus eigener Machtvollkommenheit einen Akt der Gesetzgebung zu supplieren".

---

1) G. Jellinek, a.a.O., S. 368.

2) G. Jellinek, a.a.O.: "Die Verordnung kann, wie die vorhergehenden Ausführungen lehren, zur Vollziehung vom Gesetze dienen, also inhaltlich von Gesetzen bestimmt sein. Allein mit dem Dasein der Regierung ist eine Gattung von Verordnungen gegeben, welche nicht zur Vollstreckung des Gesetzes, sondern zur Vollziehung des selbständigen Willens der Regierung gegeben werden".

Das Verordnungsrecht darf nur secundum und intra legem ausgeübt werden[1]. Einmal mehr erweist sich dabei die Verordnung als vom Begriff der Staatsgewalt abhängig.

Jellinek, ganz im Sinne der Staatssouveränität mit dem Staat als alleinigem Herrscher und Träger der Staatsgewalt operierend[2], muß diese im Tatsächlichen und Juristischen genau umgrenzen. Das von seinen Gegnern postulierte selbständige Verordnungsrecht, geboren aus dem der vollziehenden Gewalt innewohnenden, schwer zu umgreifenden freien Spiel der schöpferischen Kräfte, ist für ihn nicht vertretbar. Wenn er deshalb von selbständigen Verordnungen spricht[3], so sind darunter nur diejenigen Verordnungen zu verstehen, deren Erlaß bereits oder nur aufgrund der Verfassung zulässig sind.

Er unterscheidet zwei Klassen von verfassungsmäßigen Verordnungen. Zunächst gehören hierher die im deutschen Staatsrecht zu einer gemeinsamen Kategorie zusammengefaßten Verordnungen wie Oberbefehl im Kriege, Repräsentation nach außen, Organisation, Verleihung staatlicher Auszeichnungen, Amnestieerlasse etc. Zu einer zweiten Gruppe verfassungsmäßiger Verordnungen faßt er die Ausführungsverordnungen, die er als "unselbständige Verordnungen"[4] definiert zusammen. Indem er ihnen jeglichen Rechtssatzcharakter abspricht, setzt er sich in Widerspruch zu dem von Laband[5] oder Heinrich Rosin[6] vertretenen Standpunkt. Er begründet seine Auf-

---

1) G. Jellinek, a.a.O., S. 371.

2) G. Jellinek, a.a.O., S. 190: "Die Funktion der constitutionellen Gesetzgebung ist eine staatliche Funktion in einem festen Sinne". Weiter heißt es auf Seite 191: "Nur er (der Staat) kann herrschen und alle Herrschaft im Staate kann nur von ihm ausgehen".

3) G. Jellinek, a.a.O., S. 372.

4) a.a.O., S. 379.

5) Laband, Staatsrecht, Bd. 2, S. 70 Anm. 5.

6) Heinrich Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl., Berlin 1895, S. 35.

fassung damit, daß die Ausführungsverordnung bereits bestehendes Recht zur Anwendung bringe und daß ihr Zweck nicht auf Schöpfung neuer Rechte und Pflichten gerichtet sein könne[1].

Dies vermag nicht zu überzeugen. Die Vollzugsverordnung bringt häufig über eine Detaillierung hinaus die Ergänzung des Gesetzes[2], wenn auch nicht hinsichtlich der Zwecksetzung, so doch betreffs der Beschaffung der zur Durchsetzung des Gesetzes erforderlichen Mittel. Außerdem widerspricht die einschränkende Interpretation den über das Wesen des Rechtssatzes gewonnenen Erkenntnissen, denen sich ja auch Jellinek in der Zustimmung zur Lehre vom Gesetz im materiellen und formellen Sinne unterworfen hat.

Neben den verfassungsmäßigen Verordnungen[3] anerkennt Jellinek die sich intra legem haltenden gesetzesergänzenden Verordnungen, "die daher bestimmt sind, Anordnungen, die in die Kompetenz der Gesetzgebung gehören, auf dem Wege der Verordnung zur Geltung zu bringen"[4]. Nach Erlaß haben diese Verordnungen ein vom zugrundeliegenden Gesetz unabhängiges Schicksal. Erlischt das Gesetz, so ist der Erlaß neuer Verordnungen unzulässig. Dagegen bleiben früher erlassene Verordnungen in Kraft. Zum Unterschied hiervon teilt die Ausführungsverordnung stets das Schicksal des zugrundeliegenden Gesetzes.

Die gleichfalls von Jellinek angeführte gesetzesvertretende Verordnung, die der interimistischen Verordnung bei Laband entspricht, hat als Notverordnung keinen Einfluß auf das Problem der Abgrenzung von Gesetz und Verordnung.

---

1) G. Jellinek, a.a.O., S. 379 Anm. 19.

2) Vgl. auch Rosin, a.a.O.

3) G. Jellinek, a.a.O., S. 373 zählt hierzu auch die vorkonstitutionellen Gesetze, sofern sie den Charakter materieller Gesetze haben.

4) G. Jellinek, a.a.O., S. 382.

Weiter teilt Jellinek die Verordnungen, indem er sie inhaltlich gegeneinander abgrenzt, in Rechts- und Verwaltungsverordnungen ein. Die Verwaltungsverordnungen, immer vom Staatsoberhaupt als Spitze der Verwaltung zu erlassen[1] können sich nicht nur, wie bei Laband, an die Behörden richten, sondern auch an die Untertanen, und zwar im Wege von "Organisationsverordnungen"[2].

Die Abgrenzung zur ersten Gattung ist wenig glücklich gewählt. Sie findet ihre Bestimmung in der Bekanntmachung der Existenz und des Wirkungskreises des Ämterorganismus an die Untertanen. Ob nun die Verordnung einen Rechtssatz enthält oder nicht, stets beinhaltet sie einen Befehl oder wenigstens einen Auftrag des Staates. Eine reine Bekanntmachung kann dagegen nicht mehr als Verordnung angesprochen werden. Wenn auch jeder Privatperson ein selbständiges Verordnungsrecht im Sinne dieser Art von Verwaltungsverordnungen zugebilligt wird[3], so verläßt Jellinek damit den Boden des Staatsrechts. Die Grenze einer völligen Pervertierung des Verordnungsbegriffes ist erreicht.

Abschließend betrachtet, bleibt von Jellineks System des Verordnungsrechts kaum mehr zurück als Unklarheit und Verwirrung. Seine Auffassung von der selbständigen Verordnung, die deshalb als Verordnung intra legem eingestuft wird, weil sie in der Verfassung ihre Grundlage findet, setzt, was die Abhängigkeit der Verordnung betrifft, die Verfassung d.h. die inhaltliche Regelung, mit einem Rechtssatz gleich. Böckenförde hat zutreffend auf diese Inkonsequenz

---

1) a.a.O., S. 390: allerdings kann das Staatsoberhaupt das Verordnungsrecht auf die Minister delegieren. a.a.O., S. 392. Dieser Gedanke findet sich ja auch schon bei von Stein, Vollziehende Gewalt, S. 301 ff.

2) G. Jellinek, a.a.O., S. 387.

3) Vgl. Jellinek, a.a.O., S. 386.

hingewiesen[1]. Wenn auch, wie oben angedeutet, Jellineks Bemühen dahin ging, seine Methode mehr der staatlichen Wirklichkeit anzupassen, so kennzeichnet ihn doch sein Verordnungsrecht als einen Anhänger der juristisch-formalen Methode Labands.

3. Heinrich Rosin

Für Rosin ist die Identifizierung von Verfassungsstaat und Rechtsstaat eine Selbstverständlichkeit[2]. Auch die Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinne macht er ohne Auseinandersetzung mit diesen Fragen zur Grundlage seiner Untersuchungen über die Abgrenzung von abstrakter Norm und Individualrechtssatz[3].

Gleichfalls im Sinne der Lehre Labands spricht er von der Verwaltungsverordnung als der "Verordnung im eigentlichen materiellen Sinne"[4]. Die Normen dieser Ordnung sind Verwaltungsvorschriften, keinesfalls Rechtssätze. Ihre Aufgabe liegt nicht in der Abgrenzung der Rechtssphäre zweier Persönlichkeiten, d.h. des Staates und des Einzelnen, "sondern nur in der Regelung der Verhältnisse innerhalb des freien Rechtskreises einer und derselben Persönlichkeit, eine Selbstbestimmung im Rahmen der durch das Gesetz abgesteckten Rechtssphären der Staatsverwaltung"[5]. Ein Verstoß gegen eine Verwaltungsverordnung durch Verfügung der Verwaltungsbehörde ist daher dem Einzelnen gegenüber keine Rechtsverletzung und gibt ihm kein Recht, ihre Aufhebung zu verlangen. Die Lehre Jellineks von der Organisa-

---

1) Böckenförde, a.a.O., S. 249 Anm. 39: "In diesem Sinn ist jedes Gesetz ein solches "intra legem".

2) Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl., Berlin 1895, S. 3.

3) Rosin, a.a.O., S. 6/7, vgl. auch S. 34: "Materiell, ihrem Inhalt nach, ist die Rechtsverordnung Gesetz".

4) a.a.O., S. 32.

5) a.a.O., S. 29.

tionsverordnung mit ihrer Einwirkung auf die Rechtssphäre des Einzelnen hat in Rosin keinen Anhänger gefunden. Hat sich Rosin bei den Ausführungen zur Verwaltungsverordnung auf die Lehre vom Gesetz im materiellen und formellen Sinne berufen, so findet er bei seinen Erörterungen über das Wesen der Rechtsverordnung eine zusätzliche Stütze im preußischen positiven Staatsrecht. Das Recht der Verwaltung, Rechtsverordnungen zu erlassen, ist für ihn kein "jus proprium", sondern ein "jus delegatum"[1]. Nur im Rahmen einer derartigen Delegation ist die Befugnis zum Erlaß von Rechtsverordnungen gegeben.

Rosin interpretiert das Wort "Gesetz" in Art. 62 VU wie alle Anhänger des dualistischen Gesetzesbegriffes als Gesetz im materiellen Sinne. Danach findet ein selbständiges Verordnungsrecht der Krone, wie schon erwähnt, in der Verfassung keine Stütze.

Im Sinne Labands aber gegen G. Jellinek will er die Ausführungsverordnungen des Art. 45 VU nicht auf die Verwaltungsverordnungen beschränkt wissen. "Den Art. 45 auf Verwaltungsverordnungen zu beschränken, geht schon deshalb nicht an, weil man nicht in die Verfassung eine Unterscheidung hineintragen darf, die erst durch die neueren staatsrechtlichen Untersuchungen klar dargelegt worden ist"[2].

Ist das Ergebnis, basierend auf der neuen Gesetzeslehre, auch als richtig anzusehen, so wird Rosin sich doch selber untreu, wenn er zur Interpretation des Art. 62 VU unbefangen den Weg einschlägt, den er hinsichtlich der Deutung des Art. 45 als ungangbar ablehnt, nämlich, den dualistischen Gesetzesbegriff in Art. 62 VU hineinzuinterpretieren.

---

1) a.a.O., S. 32.
2) Rosin, a.a.O., S. 35 Anm. 5.

Nach seiner Auffassung ersetzt Art. 45 VU eine besondere, dem Gesetz einzuverleihende Ermächtigungsklausel, welche dem König das Recht zubilligt, neben Instruktionen an die Behörden auch Rechtsvorschriften an die Untertanen zu erlassen. Wenn er sie dann als Verordnungen intra legem bezeichnet, so liegt darin ein Widerspruch. Zwar kann die Ausführungsverordnung mehr als nur eine Detaillierung des Gesetzes enthalten, denn sie vermag das Gesetz, wenn auch nicht in der Zwecksetzung so doch in den Modalitäten zu ergänzen[1], doch andererseits hat sie sich inhaltlich an den durch das Gesetz vorgeschriebenen Rahmen zu halten.

Als Ergänzung des Gesetzes dehnt die Ausführungsverordnung die Verordnungsgewalt der Krone über den Rahmen des Gesetzes aus. Bewegt sie sich dann noch intra legem?

Eine genaue Abgrenzung bleibt Rosin schuldig. Der Gedanke liegt nahe, daß er, wie Mohl, unter dem Eindruck der gerade in der Polizeiverwaltung einflußreichen Praxis im Bereich des Art. 45 VU einem Verordnungsrecht praeter legem nahestand, wenngleich er es auch mit seinen Vorstellungen vom Verfassungsstaat nicht vereinbaren konnte. Die mehrfache Berufung auf Arndt[2], dem profiliertesten Verfechter des selbständigen Verordnungsrechts und auf andere Vertreter dieser Richtung bestärken diese Vermutung.

4. Franz von Holtzendorff

Auch Franz von Holtzendorff geht bei seinem Versuch, die Funktion der Gesetzgebung von der der Verwaltung abzugrenzen, vom dualistischen Gesetzesbegriff aus[3]. Die noch bei

---

1) a.a.O.

2) Vgl. Rosin, a.a.O., S. 35 Anm.5.

3) Vgl. von Holtzendorff, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 1. Bd., S. 697.

Bluntschli zu findende Auffassung von der Staatsgewalt, die, je nach dem ob sie abstrakte Normen aufstellt oder Anordnungen für konkrete Einzelverhältnisse, als gesetzgebende oder vollziehende anzusprechen sei, lehnt er als zu theoretisch ab. Die Stein'schen Untersuchungen zur vollziehenden Gewalt haben ihm den Weg zu einer differenzierteren Betrachtung dieses Problems gewiesen. Das für den Konstitutionalismus charakteristische Phänomen, gesetzgebende und vollziehende Gewalt verschiedenen Funktionsträgern zu überlassen, führen zu seiner Auffassung von "legislatorischen Funktionen der Vollziehungsgewalt"[1].

Jedoch wäre es voreilig, Holtzendorff als einen Vertreter des selbständigen Verordnungsrechts anzusprechen. Die von ihm getroffene Einteilung der "eigentlichen Verordnungen" (in Abgrenzung zu den provisorischen Verordnungen, den Notverordnungen) in selbständige und solche, die dem Gesetz lediglich untergeordnet sind[2], scheint die Vermutung eines Verordnungsrechtes praeter legem zunächst zu bestätigen.

Bereits wenige Zeilen später wird jedoch klar, daß diese Einteilung nur historisch bedingt ist. Im konstitutionellen Preußen sieht Holtzendorff keinen Platz mehr für ein selbständiges Verordnungsrecht. Neben den Ausführungsverordnungen der Verfassung noch selbständige stillschweigend zuzulassen, scheint ihm willkürlich. Wenn er dennoch im Recht einiger Behörden, Polizeistrafverordnungen zu erlassen, Reste eines selbständigen Verordnungsrechts zu erkennen glaubt[3], so ändert dies nichts an seiner grundsätzlichen

---

1) a.a.O.: "In gewissen Fällen hat die vollziehende Gewalt das Recht, abstrakte Normen in der Form von Verordnungen zu erlassen".

2) Holtzendorff, a.a.O., S. 698: "Die Verordnungen im eigentlichen Sinne haben entweder eine selbständige Bedeutung neben den Gesetzen oder sind diesen lediglich untergeordnet".

3) a.a.O.

Einstellung, die ihn als einen Anhänger der Lehre vom dualistischen Gesetzesbegriff und damit auch eines eingeschränkten Verordnungsbegriffes kennzeichnen.

5. Gerhard Anschütz

Zu einer Zeit, als die Vertreter des Verordnungsrechtes intra legem schon ihres Erfolges sicher, sich plötzlich einer massiven Gegenströmung, verkörpert durch Bornhak, Stengel, Zorn und vor allem Arndt gegenübergestellt sehen, ist es Gerhard Anschütz, der sich vor die herrschende Lehre stellt.

Rechtssetzung außerhalb der Gesetzgebung scheidet für ihn aus. Schon seine Dissertation[1] weist ihn als einen Anhänger der Lehren G. Jellineks und Labands ("Gesetz im materiellen Sinne ist die verbindliche Anordnung eines Rechtssatzes") aus. Dabei gilt sein besonderes Interesse der Abgrenzung von Rechtssatz und Norm. In Anlehnung an Jellinek unterscheidet er neben den objektiven Merkmalen - der Abgrenzung der Willenssphären verschiedener Rechtssubjekte durch Gebot, Verbot und Gewährung - auch subjektive Momente. Diese liegen in der Willensrichtung des die Norm erlassenden Staatsorgans (Gesetzgebungsorgan, Monarch, Behörde)[2]. Der Zweck, den der Befehlende bei Erlaß der Norm verfolgt, ist somit Kriterium des Rechtssatzes. Die Folge ist eine Gleichsetzung von Rechtssatz und Gesetz im materiellen Sinne.

Später hat Anschütz eine andere Definition des Rechtssatzes gefunden. Ausgangspunkt ist die Interpretation des Art. 62 VU anläßlich einer Auseinandersetzung mit den Vertretern des Verordnungsrechts praeter legem[3].

---

1) Gerhard Anschütz, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, Halle 1891, S. 26 ff.

2) Vgl. Anschütz, a.a.O., S. 36.

3) Anschütz, Theorien, S. 135.

Er sieht die Gleichsetzung von Gesetz und Rechtssatz bereits im Preußischen Allgemeinen Landrecht verankert. Einerseits beruhe das ALR durchweg auf der Vorstellung, das Gesetz sei die vom Souverän ausgehende Freiheitsbeschränkung, andererseits sei "Das Recht" als die Gesamtheit aller einzelnen Rechtssätze nichts anderes als die Ordnung des sozialen Zwanges, wonach in Freiheit und Eigentum des Einzelnen eingegriffen werden könne. Darin liege die Gleichsetzung von Gesetz und Rechtssatz[1].

Damit ist für Anschütz aber auch die Grenzlinie zwischen Gesetz und Verordnung gezogen. Die Worte: "Gesetze, welche die Freiheit und das Eigentum betreffen", wollen nicht das Gebiet der Gesetzgebung zerteilen, sondern sie wollen die trennende Linie ziehen zwischen dem ganzen Gebiet der Gesetzgebung und dem ganzen Gebiet der Verordnung, sie wollen, wie Anschütz meint, der konstitutionellen Legislative nicht nur einige, sondern alle Gegenstände der materiellen Gesetzgebung, der rechtssatzmäßigen Regulierung überweisen[2]. Er macht damit die Freiheits- und Eigentumsklausel zum Kriterium der Rechtsverordnung[3].

Damit wird die Kompetenz zum Erlaß von Rechtsvorschriften auf die Legislative beschränkt. Die vollziehende Gewalt kann nur Verwaltungsvorschriften erlassen. Die Legislative ist rechtlich ungebunden. Eine Pflicht zur unmittelbaren Aufstellung von Rechtsvorschriften besteht nicht. Dies kann auch mittelbar über den Träger des Verordnungsrechts

---

1) a.a.O., S. 163. Diese Feststellung Anschütz' ist unvollständig. Es ist bereits oben 1. Kap. III B 2 b, S. 94 ff. darauf hingewiesen worden, daß das ALR auch den formellen Gesetzesbegriff kannte. Diesen klammert aber Anschütz hier aus.

2) a.a.O., S. 168.

3) So ausdrücklich in Meyer-Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., München/Leipzig 1919, Teil 1, S. 672.

geschehen[1].

Daneben besteht noch ein dritter Bereich, in welchem die Krone eine Verordnungsbefugnis besitzt. Es ist der Bereich der vorkonstitutionellen Gesetze[2]. So hält sich, nach Anschütz' Auffassung auch vorkonstitutionelles landesherrliches Verordnungsrecht, welches seinerzeit auf Gesetz beruhte, auch nach 1848 intra legem[3].

Diese Auslegung ist zu beanstanden. Sie interpretiert den Unterschied der Verordnung intra bzw. praeter legem in praeteritum in die vorkonstitutionelle Zeit hinein. Wie schon ausgeführt, bestand damals zwischen Gesetz und Verordnung kein materieller Unterschied[4]: Ob eine Norm durch Gesetz oder Verordnung ausgedrückt war, änderte nichts an dem Umstand, daß es sich um einen Rechtssetzungsakt handelte, der den alleinigen Willen des Monarchen ausdrückte.

In diesem Sinne widerspricht es den historischen Tatsachen, wenn man nur solche landesherrliche Verordnungen weiter gelten lassen will, welche seinerzeit auf Gesetz beruhten. Dies läuft in Wahrheit darauf hinaus, nur jene Verordnungen weitergelten zu lassen, welche in Wahrheit Ausführungsverordnungen im Sinne des Art. 45 VU, nicht aber Rechtsverordnungen sind.

---

1) Anschütz, Theorien, S. 17.

2) a.a.O.

3) Ein Beispiel hierfür bildet das Deichgesetz vom 28. Januar 1848. Hier war das Recht der Deichverbände nur in groben Umrissen geregelt. Die Einzelheiten sollten für jeden Deichverband gesondert, und zwar durch ein "landesherrlich zu vollziehendes Statut", also durch königliche Verordnung, geregelt werden. Angeführt bei Anschütz, a.a.O., S. 175.

4) Anschütz in Meyer-Anschütz, S. 668 räumt dies selbst ein und weist auf die Identität beider Begriffe im ALR Einl. §§ 1 - 13 hin.

C. Kritik am dualistischen Gesetzes- und Verordnungsbegriff (Albert Haenel)

Die Lehre vom dualistischen Gesetzesbegriff mit ihren Konsequenzen für das Verordnungsrecht ist nicht ohne Widerspruch geblieben. Albert Haenel setzt sich im 2. Teil seiner "Studien", dem "Gesetz im formellen und materiellen Sinne", kritisch mit der Terminologie Labands auseinander[1].

Das Sich-Schneiden des materiellen und formellen Gesetzesbegriffes scheint ihm verwirrend und gekünstelt. Tatsächlich fallen ja, wie schon angedeutet nur beim Rechtssatz in Gesetzesform beide Begriffe zusammen, während ein Teil nur dem Begriff des formellen Gesetzes, ein anderer Teil der Rechtssätze nur dem Gesetz im materiellen Sinne zugeordnet werden kann. Letzteres ist die Verordnung mit Rechtssatzcharakter.

Führt nun die ablehnende Haltung Haenels zu einer anderen Interpretation des Art. 62 VU und damit vielleicht zu einem Verordnungsrecht praeter legem!

Dies ist zu verneinen. Nur findet Haenel aus dem Wesen des konstitutionellen Staates bzw. des konstitutionellen Gesetzes eine andere Begründung für ein Verordnungsrecht intra legem.

Das konstitutionelle Gesetz ist für ihn "diejenige Form des Staatswillens, welche ausschließlich für die Erzeugung von objektivem Rechte, für die Schaffung von Rechtssätzen bestimmt und geeignet ist"[2]. Den Beweis für diese spezifische Form der staatlichen Willensbildung im Konstitutio-

---

1) Vgl. Haenel, Studien zum detuschen Staatsrecht, 2. Bd., Teil 2, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, Leipzig 1888, S. 110 ff.

2) Haenel, Studien, S. 275.

nalismus und dessen Rezeption durch die preußische Verfassung sieht er historisch erbracht durch einen Vergleich mit den beiden französischen Verfassungen der Restauration und des Juli-Königtums sowie der belgischen Verfassung[1].

Diese Auffassung führt im Ergebnis wie bei Laband und seinen Anhängern zu einem Primat des Gesetzes. "Die konstitutionelle Form des Gesetzes ist hier nach diesen Verfassungen notwendig für alles, was der staatlichen Regelung durch Rechtssätze fähig und bedürftig ist. Nur das Gesetz selbst kann eine Vertretung in dieser seiner Funktion anordnen"[2].

Zwangsläufig gerät bei Haenel damit auch die vollziehende Gewalt in Abhängigkeit zur gesetzgebenden. Dennoch erkennt er das Problem der Abgrenzung von Gesetz und Verordnung als die "Kardinalfrage"[3] des konstitutionellen Staatsrechts und will es anhand der positivrechtlichen Bestimmungen der Verfassungen gelöst wissen. Die Abgrenzung zur Gesetzgebung sieht er einmal in dem positivrechtlich bestimmten Dienstverhältnis über die Angehörigen der Verwaltung und der innerbehördlichen Befehlsgewalt sowie der allgemeinen Befehlsgewalt über die Untertanen. Er versteht hierunter die Vollzugsverordnungen, "welche zwar vielfach auch Rechtssätze wiedergeben, erläutern, folgerungsweise detaillieren, niemals aber selbständig Rechtssätze erzeugen können"[4].

Zum anderen wird die Gesetzgebung begrenzt durch die Befugnis des Staatsoberhauptes zum Erlaß von Rechtsverordnungen, von gesetzesvertretenden Verordnungen. Beide Arten

---

1) a.a.O., S. 145.
2) a.a.O., S. 281.
3) a.a.O.
4) Haenel, Studien, S. 282.

von Verordnungen decken sich nach Haenels Auffassung mit dem Begriff der "Ausführungsverordnung"[1], die gesetzesvertretenden Verordnungen allerdings nur dann, wenn ein Gesetz sie in ein bestimmtes Abhängigkeitsverhältnis zu sich selbst versetzt, in dem es selbst die Ermächtigung zum Erlaß der gesetzesvertretenden Verordnung erteilt. Andernfalls ist letztere als rechtlich selbständig anzusehen und steht gleichwertig neben dem Gesetz.

Wenn Haenel für diese Ermächtigung auch ein einfaches Gesetz als ausreichend ansieht[2], so ist dies im Sinne der damals herrschenden Lehre[3] zu verstehen. Vergeblich wird man bei Haenel nach Erörterungen suchen, die sich um eine Abgrenzung von Gesetz und Verordnung in ihrer materiellen Substanz bemühen. Sein rein formel geprägter Gesetzesbegriff, dessen Kriterium das Zusammenwirken von Staatsoberhaupt und Volksvertretung ist, weist darauf hin, daß Haenel sich für diese Auseinandersetzung nicht interessierte.

II. Das Verordnungsrecht "praeter legem" Die Lehre vom formellen Gesetzes- und Verordnungsbegriff

Die Erkenntnis, daß sich der Verordnungsbegriff im Konstitutionalismus immer als abhängig vom jeweiligen Gesetzesbegriff darstellt, wird auch durch die Lehre vom Verordnungsrecht praeter legem nicht durchbrochen. Einhellig setzt sich diese Richtung gegen die Auffassung zur Wehr, Art. 62 VU enthalte den materiellen Gesetzesbegriff. Sie operiert dagegen mit einem rein formellen Gesetzesbegriff[4].

---

1) a.a.O.

2) Haenel, Staatsrecht, Bd. 1, S. 297.

3) Vgl. Anschütz, Theorien, S. 19.

4) Zuerst vertreten von Gneist, s.o. 3. Kap. § 1, II, B, S. 161 ff; weitere Anhänger des formellen Gesetzesbegriffes sind: Bornhak, vgl. Preußisches Staatsrecht, Bd. 1, S. 462; Arndt, Die Preußische Verfassungsurkunde, 7. Aufl., Berlin 1911, S.247 ff; Stengel, Das Staatsrecht des Königreichs Preußen, Freiburg und Leipzig 1894, S. 167 ff.u.a.

Damit läßt sich zwar etwas über Art und Zustandekommen des Gesetzes ausdrücken, nicht aber über dessen Inhalt. Eine allgemeine Unterscheidung zwischen dem Bereich, der unter das Gesetz, und demjenigen, der unter die Verordnung fällt, zwingt die Anhänger dieser Lehre, entweder auf die historische Entwicklung zurückzugreifen oder nach konkreten Bestimmungen in der Verfassung zu forschen.

A. Conrad Bornhak

Ausgangspunkt für die Beurteilung des Umfangs königlicher Rechte ist auch von Conrad Bornhak Art. 62 VU. Im Gegensatz zur h.L. ergibt sich aber für ihn aus Art. 62 lediglich die Art und Weise des Zustandekommens des Gesetzes, nicht aber dessen Inhalt. Somit faßt er den Gesetzesbegriff rein formell[1].

Der h.L., die ja davon ausging, daß Art. 62 einen materiellen Gesetzesbegriff voraussetze, begegnet er mit einer vor allem historische Momente berücksichtigenden Begründung. Zunächst widerlegt er anhand der Verfassungsbestimmungen, daß die preußische Verfassungsurkunde den materiellen Gesetzesbegriff enthalte[2]. Auch die Rezeption des in § 7 Einl. ALR[3] enthaltenen materiellen Gesetzesbegriffes durch die preußische Verfassung sieht er dadurch widerlegt, daß sie in Art. 2 (Gebietsveränderung) und Art. 99 (Haushaltsplan) ein formelles Gesetz fordere. Damit ist für ihn der ebengenannte materielle Gesetzesbegriff durchbrochen[4].

---

1) Bornhak, Staatsrecht, S. 462.

2) a.a.O., S. 517.

3) Gesetze sind hiernach diejenigen Verordnungen, durch welche die besonderen Rechte und Pflichten der Staatsangehörigen bestimmt oder die gemeinen Rechte abgeändert, ergänzt oder erklärt werden sollen.

4) Bornhak, a.a.O., S. 518.

Die letzte Möglichkeit, den Gesetzesbegriff des Art. 62 im materiellen Sinne zu interpretieren, bestunde in der Zuhilfenahme der durch die konstitutionelle Theorie postulierten Gleichsetzung von Rechtsnorm und formellem Gesetz[1].

Eine etwaige Auseinandersetzung mit dem Gesetzesbegriff des Konstitutionalismus bleibt Bornhak, der sowieso jeden Versuch, das Wesen des Gesetzes allgemein zu bestimmen, zum Scheitern verurteilt sieht[2], zunächst erspart, indem er bestreitet[3], daß die konstitutionelle Lehre Eingang in die preußische Verfassung gefunden hat. Er begründet dies damit, daß die preußische Verfassung nichts über den Träger der Staatsgewalt aussage, sondern lediglich von der Art und Weise der Ausübung spreche.

Für die formelle Seite der Exekutive, Art. 45 VU, leugnet aber auch er nicht die Übereinstimmung von konstitutioneller Lehre und Verfassung[4]. Um aber die materielle Seite, die Frage nach dem Gegenstand der Regierung beantworten zu können, gelangt er wieder zu einer Untersuchung des Gesetzesbegriffs, den er jedoch wie schon angedeutet, nicht dogmatisch, sondern historisch faßt[5]. Zu einer allgemeinen Formulierung ist er nur hinsichtlich der Rechtsnorm bereit, deren Wesen die abstrakt-hypothetische Form sei. An einen abstrakt vorausgesetzten Tatbestand werden durch die Staatsgewalt bestimmte Rechtsfolgen geknüpft.

---

1) Vgl. z.B. G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 255: "... daß Veränderungen des Rechtszustandes der Untertanen nur kraft eines formellen Gesetzes stattfinden dürfen".

2) Bornhak, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1896, S. 165. Seiner Ansicht nach hat sich der Gesetzesbegriff von Staat zu Staat verschieden entwickelt.

3) Staatsrecht, S. 62.

4) a.a.O.

5) a.a.O., S. 469/70.

Ausdrücklich hebt er aber die Verschiedenheit von Rechtsnorm und Gesetz hervor[1]. Für ihn gilt immer noch der Grundsatz des § 1, II, 13 ALR: "Alle Rechte und Pflichten des Staates gegen seine Bürger und Schutzverwandten vereinigen sich in dem Oberhaupte desselben"[2]. Damit ist die Gasse für ein Verordnungsrecht praeter legem geöffnet. Der König kann Rechtsverordnungen erlassen, sei es auf Grund gesetzlicher Ermächtigung oder auf dem von der Gesetzgebung nicht in Anspruch genommenen Gebiet[3].

Bornhak sieht das Verordnungsrecht des Königs als Ausfluß seiner Regierungstätigkeit und leitet es aus seinen Befugnissen in der vorkonstitutionellen Zeit ab.

Seinem formellen Gesetzesbegriff entspricht ein formeller Verordnungsbegriff, d.h. er unterscheidet Gesetz und Verordnung nach der Art ihres Zustandekommens. Wie Gneist kennt er selbständige Verordnungen, Ausführungsverordnungen und Notverordnungen. Die Unterscheidungsmerkmale nimmt er aus dem Verhältnis dieser Verordnungstypen zum Gesetz[4].

Ergeht die Verordnung auf einem Gebiet, das nicht der Gesetzgebung vorbehalten ist, so handelt es sich um eine selbständige Verordnung, ergeht sie auf Grund eines Gesetzes, um den dort abstrakt ausgesprochenen Staatswillen zur Ausführung zu bringen, so liegt eine Ausführungsverordnung vor[5].

---

1) "Die Rechtsnorm kann den Rechtszustand abändern, sie muß es aber ihrem inneren Wesen nach nicht unter allen Umständen". Rechtsgehalt bekommt die Norm nach Bornhak erst durch den staatlichen Akt der Verordnungs- oder Gesetzgebung, a.a.O., S. 469.

2) Staatsrecht, S. 462.

3) Vgl. Bornhak, a.a.O., S. 466.

4) Bornhak, Art. "Verordnung" in WBStVWR, Bd. 2, 1. Aufl. 1890, S. 697.

5) a.a.O.

Die selbständigen Verordnungen sind dort zulässig, wo die Gesetzgebung bestimmte Materien noch nicht okkupiert hat. In diesem Bereich ist die Staatstätigkeit der Regierungsgewalt frei überlassen. Da der Umfang des Verordnungsrechts vom Gegenstand der Gesetzgebung abhängt, bedarf dieses Gebiet einer ausführlichen Betrachtung.

Bornhak hat vier Gruppen von Gegenständen zusammengestellt, welche zum Bereich der Gesetzgebung gehören[1]. Es wäre aber verfehlt, ihn als Anhänger eines Enumerationsprinzips anzusprechen[2]. Die erste Gruppe der genannten Verordnungen bedarf keiner weiteren Erläuterung. Sie umfaßt alle Verordnungen, die abhängen von den in der Verfassungsurkunde oder den sie abändernden Verfassungsgesetzen enthaltenen Bestimmungen. Dagegen wird die zweite Gruppe, die die Abänderung, Ergänzung oder Erklärung der gemeinen Rechte und Bestimmung der besonderen Rechte und Pflichten der Staatsangehörigen zum Gegenstand hat, erst aus dem Rückgriff verständlich, den Bornhak auf das ALR nimmt.

Unter diesen gemeinen Rechten befinden sich nicht nur das Privat-, Straf- und Prozeßrecht, sondern auch zahlreiche verfassungs- und verwaltungsrechtliche sowie kirchenrechtliche Bestimmungen[3]. Es handelt sich dabei um Tatbestände

---

1) Bornhak, Staatsrecht, S. 537. Folgende Gegenstände unterliegen hiernach der Gesetzgebung:
   1. alle in der Verfassungsurkunde oder den sie abändernden Verfassungsgesetzen enthaltenen Bestimmungen;
   2. die Abänderung, Ergänzung oder Erklärung der gemeinsamen Rechte und Bestimmung der besonderen Rechte und Pflichten der Staatsangehörigen;
   3. die in der Verfassungsurkunde oder sonstigen Reichs- und Landesgesetzen besonders bezeichneten Gegenstände;
   4. alle Gegenstände, die bereits durch Gesetz geregelt sind.

2) So erkennt Bornhak, a.a.O., an, daß auch dort, wo der Gesetzgeber ein Feld okkupierte, das an und für sich nicht im Wege der Gesetzgebung geregelt zu werden brauchte, der Weg für die königliche Verordnung versperrt ist.

3) Staatsrecht, S. 534.

aus dem § 7 Einleitung ALR[1], zur Zeit des Verfassungserlasses geltendes Recht, dessen Weiterbestehen Bornhak daraus schließt, daß der preußischen Verfassungsurkunde eine allgemeine Regel über die Gegenstände der Gesetzgebung nicht zu entnehmen ist[2].

Weiter unterliegen der Gesetzgebung die in der Verfassungsurkunde oder sonstigen Reichs- und Landesgesetzen besonders bezeichneten Gegenstände.

Bornhak nennt hierzu u.a.:[3]
Veränderungen der Grenzen des Staatsgebietes (Art. 2 VU),
Feststellungen der Bedingungen für den Erwerb öffentlicher Ämter (Art. 4 VU),
das Enteignungsrecht (Art. 9 VU),
Niederschlagung bereits eingeleiteter Untersuchungen (Art. 49 VU) usw.

Hierzu gehören aber auch folgende nicht genannte Bestimmungen:
Freiheitsentzug (Art. 5 VU),
Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 6 VU),
Richterliches Gehör (Art. 7 VU) usw.

Schließlich sind Gegenstand der Gesetzgebung alle Gegenstände, die bereits durch Gesetz geregelt sind. Gesetze können nur durch Gesetze beseitigt werden.

---

1) Eine Erläuterung des Inhalts dieser Bestimmung findet sich bereits oben, 1. Kap. III, B, 2, b, S.94 ff.

2) Arndt, Verfassungsurkunde, S. 249, und Anschütz, Theorien, S. 125/128, lehnen diese Interpretation des § 7 Einl. ALR mit dem überzeugenden Hinweis ab, daß hierin keine Begriffsbestimmung des Gesetzes, sondern lediglich eine instruktionelle Vorschrift darüber enthalten sei, was der Gesetzeskommission zur Prüfung vorgelegt werden solle.

3) Bornhak, Staatsrecht, S. 535.

Geht eine Verordnung vom Monarchen selbst aus, so heißt sie Regierungsverordnung, geht sie von einer Behörde aus, so bezeichnet Bornhak sie als Verwaltungsverordnung[1], was nicht mit der Verwaltungsverordnung im Sinne der herrschenden Lehre verwechselt werden darf.

In Berücksichtigung der Erfordernisse der Praxis und im Einklang mit dem von ihm vertretenen monarchischen Prinzip erwähnt Bornhak neben den selbständigen Verordnungen noch sogenannte tatsächliche Anordnungen[2]. Diese enthalten keine Rechtsnorm, sie sind Ausfluß der freien Regierungstätigkeit und bedürfen keiner Stütze durch die Verfassung, etwa durch Art. 45 VU, können aber durchaus Gegenstand einer Ausführungsverordnung im Sinne des Art. 45 sein.

Während die Rechtsnorm an einen tatsächlichen Zustand eine Rechtsfolge knüpft, "wird die freie Regierungsanordnung nicht getroffen, weil der Wille des Gesetzgebers verwirklicht werden muß, sondern aus anderen Gründen der Zweckmäßigkeit oder inneren Notwendigkeit".[3]

Die Ausführungsverordnung des Art. 45 VU kann nach Bornhak dreierlei beinhalten[4]: Zunächst kann sie gesetzesergänzende Verordnung sein. Das ist der Fall, wenn das Gesetz zwar die Rechtsnorm gibt, im übrigen aber die Materie unbeschränkt oder mit gewissen Leitsätzen der königlichen

---

1) Verordnung, S. 696.

2) Staatsrecht, S. 471 ff. Beispiel: Königliche Anordnungen betreffs Ausfalls der Schule wegen einer Parade oder Schließung der Universität wegen Einzugs einer Prinzessin-Braut.

3) Staatsrecht, S. 473.

4) Vgl. hierzu Verordnungsrecht, S. 697/698, sowie Staatsrecht, S. 475 ff.

Verordnung überläßt. Diese gesetzesergänzenden Verordnungen halten sich also intra legem. Zwei Gruppen von Gesetzen bedürfen der Ergänzung durch die bereits erwähnten tatsächlichen Anordnungen, die Bornhak zur zweiten Gruppe der Ausführungsverordnungen zählt. Einer derartigen Ergänzung bedürfen die Organisationsgesetze und die Ermächtigungsgesetze.

Erstere regeln die Zusammensetzung und Zuständigkeit der Behörden[1], letztere bestimmen, daß unter gewissen gesetzlichen Voraussetzungen der König eine tatsächliche Anordnung treffen darf oder muß[2]. Auch diese Gesetze bedürfen einer königlichen Ausführungsverordnung, welche aber keine Rechtsvorschriften enthält. Legt man heute geltende Maßstäbe an, so handelt es sich bei diesen tatsächlichen Anordnungen um Verwaltungsakte in Form der Verordnung.

Die dritte Gruppe von Ausführungsverordnungen beinhaltet die Instruktionen oder Anweisungen[3]. Zwar muß der König, der nicht mehr ein princeps legibus solutus ist, die Gesetze anwenden, allein er ist berechtigt, sie zu interpretieren.

Diese interpretierenden Verordnungen dürfen keine Rechtsvorschriften aufstellen und binden den König selbst sowie die Behörden. Ausgenommen aber sind die Gerichte. Hier greift Art. 106 VU ein, der königliche Verordnungen allgemein für den Richter verbindlich macht. Nach Bornhak fallen die eben genannten Verordnungen aber nicht unter

---

1) Beispiel: Die Ernennung von Beamten oder der Geschäftsgang der Behörden.

2) Wenn beispielsweise einer Stiftung das Korporationsrecht verliehen wurde, so trat der Erwerb dieser Rechte erst mit der Verleihung der Rechte durch den König ein.

3) Bornhak, Staatsrecht, S. 477/478 sowie Verordnung, S.698.

Art. 106 VU. Er erreicht dies durch eine restriktive Interpretation des Art. 106 VU, indem er hierunter die Verordnungen nicht fallen läßt, die der König als Inhaber der Regierungsgewalt vornimmt[1].

B. Karl Freiherr von Stengel

Auch für Karl Freiherr von Stengel enthält Art. 62 VU keine Aussage über den Umfang der gesetzgebenden Gewalt[2]. Die Rezeption des materiellen Gesetzesbegriffes durch die preußische Verfassung lehnt er ab. Art. 62 gibt nach seiner Ansicht lediglich Auskunft über die Befugnis zur Ausübung der gesetzgebenden Gewalt unter Einhaltung einer bestimmten Form, nämlich der Übereinstimmung der drei gesetzgebenden Faktoren des Königs und der beiden Kammern.

Um festzustellen, was zur Gesetzgebung gehört, stützt sich Stengel einmal auf die geltende Verfassung, greift aber wie Bornhak für die vorkonstitutionelle Zeit auf den Gesetzesbegriff des ALR zurück, wobei er neben dem formellen auch den materiellen Gesetzesbegriff des ALR in seine Aufzählung der durch Gesetze zu regelnden Gegenstände hereinträgt. Schon hier tritt die später bei Arndt noch verdeutlichte Prinzipienlosigkeit des Systems der Lehre vom formellen Gesetzesbegriff hervor. Gegenstand der Gesetzgebung sind hiernach:

1. Alle Gegenstände, welche nach dem zur Zeit des Erlasses der VU geltenden Rechte in der Form des Gesetzes geordnet werden mußten.
2. Das in der Verfassungsurkunde festgestellte Verfassungsrecht und alle Gegenstände, welche durch Bestimmungen der VU der Regelung durch formelles Gesetz überwiesen worden sind.

---

1) Bornhak, Staatsrecht, S. 480.

2) Stengel, Handbuch des öffentlichen Rechts, Freiburg 1894, Bd. 2, 3. Abt., S. 167.

3. Alle Gegenstände, welche durch Gesetz geregelt sind, wenn dies auch rechtlich nicht notwendig war[1].

Die Abgrenzung zwischen Gesetz und Verordnung wird rein formell gesehen. Verordnungen sind, wie schon bei Gneist, allgemeine Anordnungen des Monarchen oder der Verwaltungsbehörden ohne Mitwirkung der Volksvertretung[2].

Die noch im "Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts"[3] vorgetragene Unterscheidung von Gesetzen im weiteren und engeren Sinne hat von Stengel später aufgegeben. Sie wird in seinem Handbuch des öffentlichen Rechts nicht mehr vorgetragen.

Unter Gesetzen im engeren Sinne verstand er damals die aufgrund der modernen konstitutionellen Verfassungen unter Mitwirkung der Volksvertretung erlassenen Bestimmungen, unter Gesetzen im weiteren Sinne alle Anordnungen der Staatsgewalt, welche durch den Monarchen oder durch untergeordnete Organe erlassen wurden.

Nur die Gesetze im engeren Sinne waren als Gesetze anzusprechen, während alle übrigen Gesetze im weiteren Sinne als Verordnungen bezeichnet wurden.

Stengels Argumentation ist verwirrend. Sieht er es schon in der Einleitung zu seinen Ausführungen über den Begriff der Verwaltung als die Aufgabe der gesetzgebenden Gewalt an, "allgemeine, abstrakte Vorschriften zu erlassen und Rechtssätze aufzustellen, welche sowohl für die einzelnen Staatsangehörigen im öffentlichen- und Privatleben, wie auch für die staatlichen Organe bei ihrer Tätigkeit bindende Normen enthalten"[4], so weisen ihn seine Ausführungen

---

1) Stengel, a.a.O., S. 168.

2) Stengel, Das Staatsrecht des Königreichs Preußen, Freiburg/Leipzig 1894, S. 172.

3) Stuttgart 1886, S. 24 ff.

4) Vgl. Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, S. 1.

zum Gesetzesbegriff[1] erst recht als Anhänger der herrschenden Lehre aus. Um so unverständlicher sind seine Ausführungen zum Gesetz im weiteren und engeren Sinne. Gesetz ist Anordnung der Staatsgewalt mit Zustimmung der Volksvertretung, Verordnung eine solche ohne diese Zustimmung. Was will denn die Lehre vom formellen Gesetzesbegriff anders?

Unter dem Einfluß Gneists, Bornhaks und Arndts kommt er dann ja auch zu der bereits oben erwähnten Unterscheidung von Gesetz und Verordnung im formellen Sinne.

Er unterscheidet dabei wie die herrschende Lehre Verwaltungsverordnungen und Rechtsverordnungen. Neben den Ausführungsverordnungen, den Notverordnungen, sowie den selbständigen Verordnungen, zu deren Erlaß der König insoweit befugt sei, soweit nicht die Verfassung die Regelung der Materie durch Gesetz vorschreibe, zählt Stengel auch die Polizeiverordnung zu den Rechtsverordnungen.

Im ganzen gesehen bringen die Ausführungen Stengels wenig Neues. Sie stützen sich im wesentlichen auf die schon von Gneist, Bornhak und Arndt gewonnenen Erkenntnisse, wobei auch auf gelegentliche Anleihen bei der h.L., insbesondere bei Laband, nicht verzichtet wird.

---

1) "Wenn es für den Begriff des Gesetzes im engeren Sinne nach modernem Staatsrechte ausschlaggebend ist, daß die betreffenden Anordnungen unter Zustimmung der Volksvertretung erlassen werden, so ist es selbstverständlich, daß die Gesetzesform auch bei Anordnungen angewendet werden kann, welche keinen allgemeinen Charakter an sich tragen, sondern individuelle und konkrete Angelegenheiten regeln oder keine Rechtsetzung enthalten wie z.B. die Finanzgesetze ... Daraus ergibt sich der Gegensatz von Gesetzen im materiellen und formellen Sinne", a.a.O., S. 25.

C. Adolf Arndt

Ihren eifrigsten und literarisch rührigsten Verfechter hat die Lehre vom formellen Gesetzbegriff und, in Konsequenz dessen, vom Verordnungsrecht praeter legem, in Adolf Arndt gefunden.

Dort, wo in der Verfassung die Ausdrücke "Gesetz" und "gesetzgebende Gewalt" fallen, haben diese für ihn nur einen formellen Sinn, d.h. im Sinne der konstitutionellen Legislative. Der rein formell zu verstehende Abs. 1 des Art. 62 VU beinhaltet, "daß ein Akt der gesetzgebenden Gewalt ... nicht mehr, wie vor der Verfassung, allein vom Könige, sondern vom Könige nur noch in Gemeinschaft mit dem Landtage vorgenommen werden darf"[1].

Bei dieser Interpretation würde sich wieder der bekannte Einwand der Tautologie erheben, da Art. 62 Abs. 2 ja gleichfalls die Übereinstimmung des Königs und beider Kammern zu jedem Gesetz erfordert. Arndt begegnet dem mit dem Hinweis, daß Abs. 2 eine besondere Bedeutung deshalb habe, weil hierin das ursprünglich in den Beratungen der Nationalversammlung vorgesehene suspensive Veto der Krone durch das absolute Veto der Krone ersetzt worden sei[2]. Nur über diese Frage, nicht aber darüber, ob jeder Rechtssatz nur in Form eines Gesetzes aufgestellt werden sollte, sei damals

---

1) Arndt, Die Preußische Verfassungsurkunde, 7. Aufl., Berlin 1911, S. 247/248; vgl. auch das Verordnungsrecht des deutschen Reiches auf der Grundlage des preußischen, Berlin/Leipzig 1884, S. 32.

2) Arndt, Verfassungsurkunde, S. 259; Ein der Verfassung vorausgehender Kommissionsentwurf, die sog. Charte Waldeck, hatte in Art. 55 Abs. 3 folgenden Passus enthalten: "Wird jedoch ein Gesetzesvorschlag unverändert von beiden Kammern zum dritten Male angenommen, so erhält er durch die dritte Annahme Gesetzeskraft" (zit. bei Anschütz, Theorien, S. 29). Dieser Passus wurde vor Erlaß der preußischen Verfassung gestrichen.

gestritten worden[1]. Entsprechende Ausführungen des Berichterstatters der zweiten Kammer, Broicher, am 26. 1. 1850, in welchen die gesetzgebende Gewalt rein formell apostrophiert[2] worden seien, wären unwidersprochen geblieben.

Daneben bemüht sich Arndt, wie schon Bornhak und Stengel, die These von der Rezeption des formellen Gesetzesbegriffes durch die preußische Verfassung geschichtlich zu untermauern. In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre anerkennt er das Bestehen eines vorkonstitutionellen Gesetzesbegriffes, jedoch nur im formellen Sinne.

Zum Beweis bedient er sich verschiedener Bestimmungen des ALR. Das Wort Gesetz, zunächst nur gebraucht für eine vom Landesherrn, dem Staatsoberhaupt gesetzte Norm[3], unterscheidet sich von anderen landesherrlichen Erlassen durch die Form der Verkündung. Es sei mittels dem in der Einleitung zum ALR, § 11, vorgeschriebenen öffentlichen Anschlag zu publizieren, sowie in den Provinzblättern abzudrucken, später nach dem Erlaß der königlichen Ordnung vom 27. 10. 1810 und des Gesetzes vom 3. 4. 1846 durch die Publikation in den Gesetzessammlungen[4].

---

1) Vgl. Arndt, Staatsrecht des deutschen Reiches, Berlin 1901, S. 159.

2) "Die ganze Bedeutung der gesetzgebenden Gewalt besteht doch nun wohl unstreitig darin, daß die Beschlüsse der drei Faktoren, welche sie bilden, wenn sie in der vorgeschriebenen Form publiziert sind, überall und unter allen Umständen als Gesetze gelten, "so Broicher nach den stenographischen Berichten 2119, zit. bei Arndt, Verfassungsurkunde, S. 243.

3) Arndt, Verordnungsrecht, S. 26, folgert dies aus Teil 2 § 6, 13 ALR. Es heißt dort: "Das Recht, Gesetze und allgemeine Polizeiverordnungen zu geben, dieselben wieder aufzuheben und Erklärungen darüber mit gesetzlicher Kraft zu erteilen, ist ein Majestätsrecht".

4) Arndt, a.a.O., S. 27 ff.

Diese Interpretation ist zwar zutreffend, krankt jedoch an dem schon mehrfach erwähnten doppelten Gesetzesbegriff des ALR.

Schließlich sieht Arndt die Lehre vom formellen Gesetz auch in einem Vergleich der preußischen Verfassungsurkunde mit der belgischen bestätigt. Die Übereinstimmung des Art. 42 Abs. 1 VU mit Artikel 26 der belgischen Verfassung vom 7. Februar 1831[1] fordert ihn zu einer Untersuchung des in der belgischen Verfassung gebräuchlichen Gesetzesbegriffs, des pouvoir législatif, heraus. Dabei gelingt ihm anhand eines Vergleichs der Begriffe "lois" (Akt des pouvoir législatif) und "règlement" (Akt der Verwaltung, der administration publique) der Nachweis, daß einerseits "lois" nicht schlechthin Rechtssätze beinhalten, da unter "pouvoir législatif" nicht rechtsetzende, sondern höchste Gewalt zu verstehen ist, andererseits die "règlements" alle nicht von der höchsten Gewalt ausgehenden Anordnungen betreffen, die aber nichtsdestoweniger Rechtsnormen enthalten können. Die "lois" wie die "règlements créent des obligations ou des devoirs"[2].

Sind damit Gesetze Anordnungen der Staatsgewalt, welche der Monarch nach erfolgter Zustimmung der Landesvertretung trifft, so sind Verordnungen, diejenigen Anordnungen der Staatsgewalt, welche ohne diese Zustimmung ergehen[3].

---

1) "Le pouvoir législatif s'exerce collectivement par le Roi, la Chambre des Représentants et le Sénat".

2) Arndt, Das selbständige Verordnungsrecht, Berlin 1902, S. 59/60, Verfassungsurkunde, S. 246/247; so auch G. Jellinek, a.a.O., S. 81 ff., jedoch insoweit einschränkend, als, wie er ausführt, bei den Kommentatoren der französischen Charte (Merlin) noch der verborgene dualistische Gesetzesbegriff zum Ausdruck komme. Vgl. hierzu auch die Ausführungen von Anschütz, Theorien, S. 34, welcher der Auffassung ist, daß die französische resp. belgische Verfassung beide Gesetzesbegriffe "promiscue" enthalte.

3) Arndt, Verordnungsrecht, S. 3.

Nicht zu Unrecht setzt sich Arndt dem Vorwurf aus, Recht und Tatsachen zu identifizieren[1], denn die Frage, wann ein Gesetz und wann eine Verordnung erforderlich ist, will er nicht nach abstrakten, logischen oder allgemeinen juristischen Argumenten beantwortet wissen, sondern nach den konkreten gegebenen Machtverhältnissen, die in der Verfassung ihren Niederschlag gefunden hätten[2]. Es könne keinen Sinn haben, so meint Arndt[3], in der Verfassung besonders vorzuschreiben, wann gewisse Handlungen nur durch Gesetz angeordnet werden dürfen, wenn sich dies schon aus anderen allgemeinen Grundsätzen ergebe.

Dies zwingt ihn, in der Verfassung diejenigen Bestimmungen herauszusuchen, in welchen sich die Verfassungsgeber für eine Regelung der Materie durch Gesetz ausgesprochen hat. Das Ergebnis dieser Untersuchung ist ein Katalog von Verfassungsbestimmungen[4]. Er zählt hier insgesamt 45 Art. auf, in denen die Verfassung eine bestimmte Materie der Gesetzgebung überantwortet hat.

Diese Aufzählung wirkt auf den ersten Blick willkürlich und regellos. Es konnte daher gar nicht ausbleiben, daß Arndt sich damit heftiger Kritik aussetzte[5]. Arndt hält dagegen, daß nicht Regel- und Prinzipienlosigkeit in der Verfassung gewollt und beabsichtigt gewesen seien. Er verteidigt das Enumerationsprinzip mit dem Hinweis auf die Materie, die die Verfassung dem Gesetzgeber zur Regelung

---

1) So Anschütz, Theorien, S. 26.

2) Arndt, a.a.O.

3) Arndt, Selbständiges Verordnungsrecht, S. 67.

4) Arndt, a.a.O., S. 70/104.

5) Anschütz, a.a.O., S. 38, spricht von "vollendeter Prinzipienlosigkeit".

übertragen habe. Dieses Prinzip finde darin seinen Ausdruck, dem Gesetzgeber "die für die Freiheit und das Interesse der Bürger" wichtigeren Anordnungen zu überweisen[1]. Nur im Falle von Spezialgebieten ohne Bedeutung für Freiheit und Interesse der Bürger, wie Umzugskosten oder Wohnungsgeld etc. habe der Zufall bzw. die konkreten Machtverhältnisse darüber entschieden, ob der Gegenstand durch königliche Verordnung oder durch Gesetz zu regeln sei. Ein Blick auf den oben angeführten Gesetzeskatalog beweist dies, zeigt aber gleichzeitig auf, wie weit Arndt zurückgreifen muß, um seine Theorie zu erhärten, denn letzten Endes handelt es sich hier um nichts anderes als das Vorbringen der Freiheits- und Eigentumsklausel als Abgrenzungsmerkmal zwischen Gesetz und Verordnung.

Somit können nach preußischem Staatsrecht alle Anordnungen der Staatsgewalt, gleich welchen Inhalts, ob mit oder ohne Rechtssatzcharakter, aufgrund allgemeiner und nicht vom Gesetzgeber ausdrücklich erteilter Ermächtigung rechtswirksam erlassen werden.

Arndt nennt vier Arten von Verordnungen[2], die sich in zwei große Gruppen aufteilen, die selbständigen und die unselbständigen. Bei näherer Betrachtung bemerkt man, daß Arndt aber nur drei Kategorien anerkennt. Bei den von ihm genannten Verwaltungsverordnungen handelt es sich in Wirklichkeit um selbständige Verordnungen. Dies ist unten noch näher auszuführen.

Zu den unselbständigen Verordnungen rechnet er zunächst die Notverordnungen des Art. 63 VU sowie die Ausführungsverordnungen des Art. 45 VU. Gegen die h.L. enthält nach Arndt Art. 45 auch die Befugnis zum Erlaß von Rechtsverordnungen.

---

1) Arndt, Selbständiges Verordnungsrecht, S. 68/69.
2) Vgl. Arndt, Staatsrecht, S. 199 ff.

Er schließt dies aus dem Vorhandensein des Art. 106 Abs. 2 VU[1]. Dieser Absatz ist, wie der dazugehörige stenographische Bericht ergibt[2], auch für die Ausführungsverordnungen des Art. 45 vorgesehen gewesen. Es müssen also, so folgert Arndt zu Recht, diese Verordnungen auch Rechtsnormen aufstellen. Diese Vorschrift wäre sonst überflüssig, da der Richter niemals in der Lage sei, die Gültigkeit anderer als Rechtsnormen nachzuprüfen. Detailvorschriften, wie sie auch die herrschende Meinung in Art. 45 VU zuläßt, enthalten für ihn schon notwendig Rechtsnormen, da "reglementäre Bestimmungen selbst wieder Rechtsnormen enthalten"[3]. Die Folge hieraus ist, daß die Befugnis zum Erlaß von Rechtsnormen nicht speziell erteilt zu sein braucht[4].

Freilich gibt auch für Arndt Art. 45 kein uneingeschränktes Verordnungsrecht, andernfalls wäre es absurd, noch mit der Konstruktion des selbständigen Verordnungsrechtes zu operieren.

Die Schranke des Ausführungsverordnungsrechts bietet das auszuführende Gesetz selbst. Ihm darf die Verordnung nicht zuwiderlaufen. Die "Ausführung" darf sich nicht außerhalb der Intentionen des Gesetzgebers bewegen[5]. Damit drängt aber Arndt die Ausführungsverordnung in das Gebiet intra legem zurück.

---

1) Art. 106 Abs. 2 VU lautet: "Die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter königlicher Verordnungen steht nicht den Behörden, sondern nur den Kammern zu".

2) Vgl. Arndt, Verordnungsrecht, S. 77 Anm. 1.

3) a.a.O.

4) a.a.O., S. 79.

5) a.a.O., S. 84.

Das selbständige Verordnungsrecht, welches dem König dann zusteht, wenn kein Fall der verfassungsmäßig vorgeschriebenen Gesetzgebung vorliegt, beruht auf dem schon erwähnten Enumerationsprinzip. Zur Begründung dieser Auffassung greift Arndt auf die Entstehungsgeschichte der preußischen Verfassung zurück. Er sieht die Rezeption dieses Prinzips durch einen besonderen Umstand herbeigeführt, nämlich durch die Selbstbeschränkung der bis dato unbeschränkten königlichen Macht, einen (freiwilligen) Verzicht des Königtums auf einen Teil der ihm zugestandenen Rechte[1].

In genau entgegengesetztem Sinne war die Entwicklung im französischen und belgischen Recht verlaufen. In beiden Ländern hatte sich der Gedanke der Volkssouveränität in der Verfassung niedergeschlagen. Sowohl Art. 1 bzw. 18 der französischen Verfassung von 1848[2] als auch Art. 25 der belgischen Verfassung von 1831[3] hatten die Volkssouveränität verfassungsmäßig verankert. Die Übertragung der königlichen Gewalt erfolgte durch das Volk mit einer Umgrenzung seiner Machtbefugnisse durch die Verfassung[4]. Ein selbständiges Verordnungsrecht stand dem belgischen König nach dieser Verfassung nicht zu. Dagegen ist die preußische Verfassung nicht vom Volke gegeben, sondern, wie Arndt richtig bemerkt, von der Krone verliehen worden[5]. Die sogenannte

---

1) Arndt, Verordnungsrecht, S. 65.

2) Art. 1 der französischen Verfassung von 1848 lautet: "La souveraineté réside dans l'universalité des citoyens francais"; vgl. auch Art. 18: "Tous les pouvoirs publics, quels ils soient, émanent du peuple".

3) Vgl. Art. 25 der belgischen Verfassung: "Tous les pouvoirs émanent de la nation. Ils sont exércés de la manière indiquée par la constitution".

4) Vgl. auch Art. 29: "Au roi appartient le pouvoir exécutif, tel qu'il est règlé par la constitution".

5) Arndt, Verordnungsrecht, S. 64.

oktroyierte Verfassung von 1848 wurde vom Preußischen König nach dem Scheitern des Versuchs der Verfassungsvereinbarung und nach Auflösung der preußischen Nationalversammlung einseitig aus souveräner Machtvollkommenheit erlassen[1]. Damit sind dem König seine Machtbefugnisse aus der absolutistischen Zeit, so meint Arndt, verblieben, soweit sie durch die Verfassung nicht eingeschränkt sind[2].

Beispiele für die Betätigung selbständigen Verordnungsrechtes sind für Arndt das Unterrichtswesen, das Kriegswesen und die Staatsverkehrsanstalten wie Eisenbahn und Post. Gerade die Maßnahmen auf dem Gebiet des Schulrechts zeigen, was das Ergebnis anbelangt, eine skurrile Übereinstimmung zwischen Arndt und der h.L., obwohl man sich in der Begründung diametral gegenübersteht.

Sowohl für Anschütz[3] als auch für Arndt[4] sind die in diesem Bereich ergehenden Anordnungen Maßnahmen der Verwaltung[5]. Inhaltlich sieht Anschütz in den Schulregulativen nur Dienstbefehle, während Arndt hierin Rechtsnormen sieht, denn "jede erzwingbare Regel für das Beisammenleben der Menschen im Staate ist eine Rechtsnorm"[6]. Der Streit pflanzt sich dann weiter dahin fort, ob es sich, so Arndt, um die

---

1) Vgl. Huber, Quellen zum Staatsrecht der Neuzeit, Bd. 1, Tübingen 1949, S. 198.

2) Bemerkenswert ist auch die Auswirkung der Arndt'schen Beweisführung auf seine Einstellung zum kaiserlichen Reichsverordnungsrecht. Ein selbständiges Verordnungsrecht des Kaisers scheidet für ihn aus, weil der Kaiser erst durch die Verfassung geschaffen wurde, vgl. Arndt, Verordnungsrecht, S. 15.

3) Anschütz, Theorien, S. 75 ff.

4) Arndt, Selbständiges Verordnungsrecht, S. 30, S. 141 ff.

5) Den Begriff "Verwaltungsverordnung" übernimmt Arndt nur unwillig, weil es sich ja für ihn in Wahrheit um selbständige Verordnungen handelt, während die h.L. hierunter gerade die unterste Stufe der unselbständigen Verordnungen versteht.

6) Arndt, a.a.O., S. 30.

vorkonstitutionelle Kompetenz des Königs zum Erlaß von Unterrichtsgesetzen nach II § 6, 13 ALR oder das Fortgelten vorkonstitutioneller Unterrichtsgesetze nach II, 12 ALR handele. Die Darstellung des mehrere Bücher umfassenden und mit äußerster polemischer Schärfe geführten Streites würde den Rahmen dieses Themas sprengen.

Das Ende dieser Auseinandersetzung kann man für Arndt als tragisch bezeichnen. Zwar gelingt Rudolf Smend[1] der Nachweis der Rezeption der formellen Gesetzestheorie durch die preußische Verfassung, allein die lange Zeit h.L. mit ihrer Gleichsetzung von Gesetz und Rechtssatz hatte sich in der Praxis bereits durchgesetzt[2].

D. Philipp Zorn

Schließlich ist in der Gruppe der Vertreter des Verordnungsrechts praeter legem noch Philipp Zorn zu erwähnen.

Gesetz im weitesten Sinne ist für ihn "jede von der Staatsgewalt gesetzte Vorschrift"[3]. Das Gesetz im weiteren Sinne gliedert sich in Gesetz und Verordnung. In diesen beiden

---

1) R. Smend, Die preußische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der belgischen, Göttingen 1904, S. 31 ff. Smend weist hier nach, daß "pouvoir" in Art. 25 belgischer Verfassung, dort im formellen Sinne gemeint, der "gesetzgebenden Gewalt" in Art. 62 VU entspreche. Danach ist auch für ihn der Unterschied zwischen Gesetz und Verordnung ein rein formeller.

2) Vgl. die Entscheidung des preußischen Oberverwaltungsgerichts, Bd. 16/52. In dieser Entscheidung hat das Gericht die Unhaltbarkeit der Unterscheidung zwischen Gesetzwidrigkeit und Rechtswidrigkeit hervorgehoben.

3) Zorn, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 2. Aufl., 1. Bd., Berlin 1895, S. 401.

Instituten erschöpft sich für Zorn jegliche staatliche Rechtsetzung. Seine Unterscheidung zwischen Gesetz und Verordnung erweist ihn als Anhänger des formellen Gesetzesbegriffes[1]. Der Unterschied in der Form liegt beim Gesetz in der erforderlichen Zustimmung der Volksvertretung, die bei der Verordnung wegfällt. Diesen Unterschied faßt er, wie Haenel, als Essentiale des konstitutionellen Staates auf.

Dem dualistischen Gesetzesbegriff Labands steht er ablehnend gegenüber. Das Operieren mit dem Rechtssatz führt für ihn in die "tiefsten Tiefen der Rechtsphilosophie" mit einer Problematik, die er nicht "der Willkür, ja vielleicht der Unkenntnis des einzelnen Verwaltungsbeamten oder Richters ausgesetzt sehen will"[2].

Die Verordnungen faßt Zorn ganz allgemein als jene Willensäußerungen des Staates, welche der Form des Gesetzes entbehren[3]. Dabei bekennt er sich zu einem Verordnungsrecht, welches sich nicht contra, wohl aber praeter legem bewegen darf[4]. Dieses scheint ihm zur Regierung unentbehrlich. "Das selbständige Verordnungsrecht bildet einen notwendigen Bestandteil der Staatsordnung"[5].

Ganz im Sinne Arndts sieht er die Frage, wann eine Materie durch Verordnung zu regeln sei, als eine Frage des positiven Rechts an. Träger dieses Rechtes ist in Preußen der Monarch[6].

---

1) Vgl. Zorn, a.a.O.: "Der Unterschied zwischen Gesetz und Verordnung ist kein innerer, derselbe liegt vielmehr nur in der äußeren Form; vgl. auch Zorn, zu den Streitfragen über Gesetz und Verordnung nach deutschem Reichsstaatsrecht in Hirths Annalen 1885, S. 304: "Gesetz ist diejenige Willensäußerung des Staates, welche durch Übereinstimmung von Staatsoberhaupt und Volksvertretung zustande gekommen ist".

2) Zorn, Streitfragen, S. 303.

3) Zorn, Streitfragen, S. 311.

4) Zorn, Staatsrecht, S. 484.

5) a.a.O., S. 481.

6) a.a.O., S. 485.

Halten sich insoweit die Ausführungen Zorns im Rahmen der auch von Bornhak, Stengel und Arndt vertretenen Lehre, so hat er in doppelter Weise Auffassungen geäußert, die sich der Kritik der gesamten Staatsrechtslehre ausgesetzt haben.

Zunächst sei die weniger schwerwiegende These Zorns wiedergegeben. Als einziger Staatsrechtslehrer dieser Zeit vertritt Zorn für das Reichsstaatsrecht ein selbständiges Verordnungsrecht des Bundesrates[1]. Da die Staatsgewalt des Reiches eine föderative Korporation von Monarchen sei, müßten hierfür auch die Prinzipien des Monarchenrechtes gelten, so daß, wie in Preußen, dem Bundesrat als dem Repräsentanten des pleonarchischen Staatsoberhauptes das selbständige Verordnungsrecht zustehen[2]. Diese unhaltbare Theorie, die sich als reine Deduktion erweist und in der Praxis, die keine einzige selbständige Verordnung des Bundesrats kennt, keinen Niederschlag gefunden hat, ist einstimmig von der gesamten Staatsrechtswissenschaft, selbst von dem entschiedensten Vertreter des selbständigen Verordnungsrechts, Arndt, abgelehnt worden[3].

Weit bedeutsamer aber, wenn auch nicht weniger heftig bekämpft, ist eine andere Lehrmeinung Zorns. Sie betrifft die damals in der ganzen Staatsrechtslehre gängige Einteilung der Verordnung in Rechtsverordnungen und Verwaltungs-

---

1) Staatsrecht, S. 486 sowie in Streitfragen, S. 314.

2) "Die Regierung des Staates durch Erlaß der erforderlichen Rechtssätze, soweit nicht die Form des Gesetzes zur Anwendung kommt, ist auch im Deutschen Reiche Sache des obersten Trägers der Staatsgewalt, so gut wie dies im preußischen Staate der Fall war und ist". a.a.O.

3) Vgl. Laband, Staatsrecht, S. 91 ff; Haenel, Deutsches Staatsrecht, Bd. 1, S. 272 Anm. 2. Die ausführlichste und treffendste Widerlegung findet sich bei Arndt in Hirths Annalen 1885, S. 701 ff.

verordnungen. Rechtsverordnungen sind seiner Ansicht nach nicht "festzustellen"[1]. Somit existiert für ihn auch kein Unterschied zwischen einer Rechtsverordnung und einer Verwaltungsverordnung. "Um eine Rechtsvorschrift muß es sich begrifflich bei jedem Gesetz und bei jeder Verordnung handeln. Die Form des Gesetzes hat den Rechtssatz zu ihrem notwendigen Inhalt"[2].

Bei Zorn als erstem und einzigem Schriftsteller der konstitutionellen Epoche findet sich damit ein Einbruch in ein altes Hausrecht des Exekutive, das besondere Gewaltverhältnis. In der Staatstätigkeit in diesem Bereich sehen die damals h.L. wie auch ihre Gegner keinen Eingriff in staatsbürgerliche Rechte.

Dieser Auffassung tritt Zorn scharf entgegen. "Der Staatswille, der nach außen befehlend oder gewährend sich äußert, schafft immer einen Rechtssatz, und es ist ganz irrelevant, ob derselbe an alle Staatsangehörigen gerichtet ist oder etwa nur an einzelne Behörden, auch im letzteren Fall bezieht sich ja die Äußerung des Staatswillens virtuell, wenn auch nur indirekt, auf alle Staatsangehörigen, soweit sie mit der betreffenden Behörde in Beziehung zu treten haben. Rechtssatz und Verwaltungsbefehl sind nicht Gegensätze, auch der Verwaltungsbefehl ist ein Rechtssatz"[3].

Zorn hat damit ein bis dato unberührtes Problem angeschnitten, was bis heute oder gerade heute von eminenter Bedeutung im Verwaltungsrecht ist[4].

Sicherlich beruhten diese Überlegungen Zorns mehr auf theoretischen Erwägungen als auf der Problematik des modernen Ver-

---

1) Zorn, Staatsrecht, S. 484.
2) a.a.O., S. 104.
3) Zorn, Streitfragen, S. 311/312.
4) Vgl. die kritischen Bemerkungen im 5. Kap. dieser Arbeit.

sorgungsstaates, wie sie sich uns heute bietet. Zorn hat wahrscheinlich die Tragweite seiner These gar nicht erkannt, konnte sie auch damals nicht erkennen. Allein schon der Umstand, sich von einer heute überholten Tradition befreit zu haben, deren Gewicht durch die Autorität namhafter Staatsrechtslehrer geprägt war, zeichnet ihn als einen originellen und mutigen Denker aus.

5. Kapitel

Kritische Würdigung der Auseinandersetzung um den Verordnungsbegriff im staatsrechtlichen Positivismus

Diese Untersuchung sollte einen historisch-dogmatischen Überblick geben über die Entwicklung des Verordnungsbegriffs von seinen Anfängen bis zum Höhepunkt des Konstitutionalismus, dem staatsrechtlichen Positivismus. Die Darstellung des Begriffswandels der Verordnung in Staatslehre und Staatsrecht sind, soweit angebracht, jeweils an Ort und Stelle kritisch gewürdigt worden.

Darüber hinaus drängen die harten Auseinandersetzungen um den Gesetzes- resp. Verordnungsbegriff im staatsrechtlichen Positivismus zu einer abschließenden kritischen Stellungnahme. Denn jeder geschichtliche Stoff ist von Standpunkt der Nachfahren her zu erschließen.

Es erhebt sich dabei die Frage, ob insbesondere die Auseinandersetzung der Richtungen Anschütz, Laband einerseits und Arndt u.a. andererseits Erkenntnisse gezeitigt hat, die für den modernen demokratischen Verfassungsstaat noch verwertbar sind.

Der staatsrechtliche Positivismus bildete nicht nur die Kulmination der konstitutionellen Bestrebungen des 18. und 19. Jahrhunderts, er war auch, als die letzte große Auseinandersetzung mit dem Wesen der konstitutionellen Monarchie, ein Übergangsstadium zur Weimarer Republik und letztlich zum modernen Verfassungsstaat sozialer Prägung, wie er sich uns heute in der Bundesrepublik Deutschland präsentiert.

Die seinerzeit herrschende Lehre, Laband, Anschütz u.a. stellte die These von der Gleichsetzung von gesetzgebender und rechtsetzender Gewalt auf. Dies bedeutete mit anderen Worten, daß alles, was Recht sei, vom Gesetz erfaßt würde.

Zum inhaltlichen Moment trat ein formelles hinzu. Dies führte zur Unterscheidung vom Gesetz im materiellen und formellen Sinne. Man versuchte hier, abstrakt-logisch mit juristischen Argumenten, Befugnisse und Grenzen der Staatsgewalt zu umreißen. Kernpunkt dieser Betrachtungen war ein "allgemeiner" Gesetzesbegriff.

Die entgegengesetzte Richtung, Arndt u.a., gingen dagegen von den konkreten Machtverhältnissen aus, wie sie in der Verfassung ihren Niederschlag gefunden hatten. Die vorkonstitutionelle Machtfülle war grundsätzlich erhalten geblieben und wurde, soweit es Gesetzgebung und Rechtsprechung anbelangt, lediglich durch die Verfassung eingeschränkt. So kam diese Lehre zu einem rein formellen Gesetzesbegriff.

Nun sind aber bereits damals erfolgreich Versuche unternommen worden, gewisse Unrichtigkeiten aufzudecken.

So hat zunächst Bornhak überzeugend die These von der Existenz eines allgemeinen Gesetzesbegriffes widerlegt. In seiner gleichermaßen historisch und rechtsvergleichend orientierten Untersuchung weist er nach, daß kein Staat Gesetz- und Rechtsnorm identifiziert, obgleich diese Auffassung in der Staatslehre und im Staatsrecht stets die beherrschende war[1]. Dieser Gedanke taucht auch bei Scheuner wieder auf[2]. Er führt zu Recht an, daß der Gesetzesbegriff historisch wandelbar sei, wobei die Geschichte des Gesetzesbegriffes im wesentlichen durch zwei Momente gekennzeichnet sei, einmal die Entwicklung der Auffassung vom Recht seinem Gehalt und seiner Entstehung nach und zum anderen durch den Zusammenhang mit der Entwicklung der politischen Staatsformen und Theorien.

---

1) Bornhak, Allgemeine Staatslehre, S. 166 ff.

2) Scheuner, Festschrift für Hübner, Artikel: Gesetz und Einzelanordnung, Jena 1935, S. 197.

Die Lehre vom dualistischen Gesetzesbegriff weist jedoch noch weitere Mängel auf. Zutreffend hat Haenel[1] auf die ständige Überschneidung des materiellen Gesetzes mit dem formellen hingewiesen.

Auch die These der Gleichsetzung von Recht und Gesetz läßt sich nicht halten. Es hat sich gezeigt, daß ein Gesetz mehr enthalten kann als die Erzeugung von Rechtssätzen, vor allem aber, daß es Rechtssätze gibt, die nicht durch Gesetz gegeben sind.

Zutreffend hat Otto Mayer den dreifachen Gehalt des Gesetzes herausgestellt. Das Gesetz setzt sich danach zusammen aus seiner rechtssatzschaffenden Kraft, seinem Vorrang und seinem Vorbehalt[2].

Dabei fällt nach O. Mayer der Eingriff in Freiheit und Eigentum unter den Vorbehalt, nicht unter den Rechtssatz. Der Rechtssatzbegriff von Anschütz kann damit nicht mehr aufrecht erhalten werden. Daneben trägt O. Mayer der unhaltbaren Trennung von materiellem und formellem Gesetz[3] Rechnung und verbindet beide Begriffe zu einer Einheit, die die Erkenntnisse der streitenden Richtungen vereinigt.

---

1) s.o. S.218 ff.

2) Vgl. O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd., 3. Aufl., München/Leipzig 1924, S. 66 ff.
Der Rechtssatz ist für O. Mayer mehr als ein Schutz vor Eingriffen in Freiheit und Eigentum, er ist "die Bestimmung dessen, was rechtens sein soll für jedermann" (a.a.O., S. 66). Vorrang bedeutet, daß der in Form des Gesetzes geäußerte Staatswille rechtlich jeder anderen staatlichen Willensäußerung vorgeht (a.a.O., S. 68). Den Vorbehalt des Gesetzes sieht O. Mayer darin, daß in bestimmte Bereiche ein staatliches Eingreifen nur unter Vorbehalt des Gesetzes möglich ist (a.a.O., S. 70/71).

3) obwohl er sich selbst als auf dem Boden des formellen Gesetzesbegriffs, wie er von Laband entwickelt wurde, stehend bezeichnet, a.a.O., S. 65.

Diese Rückschau zeigt, daß es schon damals Stimmen gab, die gewisse Meinungen als zu theoretisch für die staatsrechtliche Entwicklung erkannten. Allein, selbst Staatsrechtslehrer wie Haenel oder Mayer konnten sich nicht von bestimmten Vorstellungen lösen, die, gleichsam als institutionelle Tabus, den Hintergrund staatsrechtlicher Betrachtungen bildeten.

Ein solches Tabu ist die Person des Monarchen. Seine legislatorischen Kompetenzen und seine Prärogativrechte beschäftigen sowohl die Vertreter des dualistischen Gesetzesbegriffes als auch deren Gegner. Der Konstitutionalismus wird nicht in seinem rationalistischen Ansatz als vernunftgewollte Gewaltenkontrolle im Staate gesehen, sondern man betrachtet die Verfassung stets als Einschränkung der monarchischen Macht. Trotz erheblicher Differenzen in Ansatz und Ergebnis machen doch alle Richtungen, ob sie schon vom Ausgangspunkt her restaurativ oder liberal sind, Halt vor der Würde des Monarchen.

Diese Tendenz wird offenkundig durch die in beiden Lagern zu beobachtende Einstimmigkeit, die in der Erkenntnis gipfelt, daß die Entwicklung zur konstitutionellen Monarchie nicht eine Revolution darstelle, sondern eine "organisatorische Umgestaltung einer bestehenden Staatsgewalt durch diese selbst"[1].

Die im Absolutismus unumschränkte Herrschergewalt des Monarchen, im englischen Frühparlamentarismus zur königlichen Prärogative ausgestaltet, findet deshalb auch besondere Beachtung. Der Kampf um die Machtbefugnisse des Königs wird auf dem Boden des Verordnungsrechts ausgetragen. Hier versucht man, wie Arndt und seine Anhänger, möglichst viel von der früheren absolutistischen Macht in die konstitutionelle Gegenwart herüberzuretten.

---

1) Anschütz, Theorien, S. 2; Arndt, Verordnungsrecht, S. 65.

Dagegen sind Laband, Anschütz und ihre Gefolgsleute, ohne sich gegen die Institution des Königtums zur Wehr zu setzen, bemüht, die im Verordnungsrecht liegenden Kompetenzen möglichst weit auf Kosten des Gesetzes einzuschränken und damit den Einfluß des Parlaments zu stärken. Nur dieser etwas verengte Blickwinkel mit der Identifizierung von königlicher Prärogative und Verordnungsrecht macht es verständlich, daß, wie schon oben kritisiert[1], die herrschende Lehre die eigentliche Prärogative, das Sanktionsrecht bei der Gesetzgebung des Monarchen gar nicht als solche würdigt. Für die Vertreter des Verordnungsrechts praeter legem ist dies immerhin verständlich. Dort räumt das Verordnungsrecht selbst ja schon dem Monarchen umfangreiche Kompetenzen ein.

Weiterhin kann der h.L. der Vorwurf einer allzu großen Behutsamkeit in der Verwirklichung ihrer politischen Ziele nicht erspart bleiben. Die Bestrebungen von Laband und Anschütz gingen, geprägt vom Liberalismus des ausgehenden 19. Jahrhunderts, auf eine möglichst umfangreiche Abschirmung der Legislative gegen Übergriffe des Monarchen. Man wollte, wenn auch nicht die Gewaltentrennung direkt, so doch eine Aufteilung in Staatsfunktionen, die aber letztlich immer wegen der Auffassung vom Monarchen als Träger der gesamten Staatsgewalt Kompromisse eingehen mußte.

Andererseits war man ängstlich bemüht, dem Vorwurf, ein Anhänger der so geächteten "Volkssouveränität" zu sein, auszuweichen[2]. Geschickt geht man der bei dem Problem Volks- oder Fürstensouveränität unumgänglichen politischen Stellungnahme eines Pro oder Contra aus dem Wege und verschanzt sich statt dessen hinter einem Gesetzesbegriff,

---

1) s.o. 3. Kap. § 2 III S. 191 ff.

2) Vgl. Anschütz, Theorien, S. 10 Anm. 8.

der die erstrebte Wirkung, die Beschränkung des Monarchen auf die Exekutive, neben der in Preußen verfassungsmäßig garantierten Beteiligung an der Gesetzgebung auch erreicht, ohne daß man die Urheber politisch oder ideologisch festlegen kann. Dennoch ist hiermit die Aufgabe überkommener Mythen verbunden. Die Königswürde als Gottesgnadentum oder der Satz vom Fürsten als Quelle des Gesetzes werden formell festgehalten, ohne daß eine innere Überzeugung dahintersteht. Funktionell könnte sogar ein gewählter Präsident die dem Monarchen verbliebenen Funktionen ausüben.

Letzten Endes aber zeigt diese Untersuchung ein Dilemma auf, an welchem im Konstitutionalismus Theorie und Praxis in ständiger Spannung liegen mußten, in dem Versuch, monarchisches Prinzip, d.h. Einheit der Staatsgewalt in der Person des Monarchen einerseits und Teilung der Gewalten andererseits in Einklang zu bringen.

Außerdem erkennt man, daß die Rechtsverordnung eine Durchbrechung des Gewaltenteilungsprinzips darstellt, da die Exekutive dabei nicht nur die Norm anwendet, sondern sie auch setzt. Man muß der damaligen Staatsrechtslehre zugestehen, daß sie auf eine relativ kurze praktische Erfahrung mit dem Verfassungsstaat zurückblickte. So ist es doch als ein Verdienst dieser Zeit anzusehen, die Probleme erkannt und weitgehend geklärt zu haben, wenn auch eine befriedigende Lösung nicht gelang.

In Anlehnung an den dualistischen Gesetzesbegriff entwickelt die h.L. den Begriff der Verordnung im materiellen und formellen Sinne. Diese Systematik zeigt einmal mehr die Fragwürdigkeit abstrakt-rationalistischer Konstruktionen. Die Verordnung im materiellen und formellen Sinne stellt lediglich eine terminologische Ergänzung des dualistischen Gesetzesbegriffes dar, ohne den doch gewünschten Effekt, die genaue Festlegung des Umfangs königlicher

Verordnungsgewalt, zu erzielen. Wird das Gesetz im materiellen Sinne durch die Rechtsvorschrift bestimmt, so ist es bei der Verordnung im materiellen Sinne die Verwaltungsvorschrift.

Diese Gegenüberstellung enthält, verglichen mit dem dualistischen Gesetzesbegriff, schon eine Inkonsequenz. Das materielle Gesetz wird durch ein inhaltliches Merkmal, den Rechtssatz, bestimmt, bei der Verordnung dagegen nimmt man ein materielles Moment, nämlich den fehlenden Rechtssatzcharakter, sowie ein formelles bzw. funktionelles Kriterium, den Erlaß der Vorschrift durch eine Verwaltungsbehörde zu Hilfe[1]. Für die heutige staatsrechtliche Situation, die die Verwaltung unter den Vorbehalt des Gesetzes stellt, kann diese Unterscheidung nicht mehr von Bedeutung sein. Der geringe praktische Einfluß dieses Verordnungssystems ist ja an anderer Stelle schon hervorgehoben worden[2].

Doch auch die Unterscheidung zwischen Rechtsverordnung und Verwaltungsverordnung im damaligen Sinne setzt sich der Kritik aus, zeitbedingt zu sein. Der Begriff des Rechtssatzes erfaßte nach Anschütz[3] alle Eingriffe in Freiheit und Eigentum. Alle diese, aber auch nur diese Eingriffe waren der Zuständigkeit des Gesetzgebers unterworfen.

Ein derartiger Rechtssatz- und damit Rechtsverordnungsbegriff hält den Erfordernissen des modernen Sozial- und Versorgungsstaates nicht stand. Zu den überkommenen Kriterien des Rechtssatzbegriffs tritt noch der Faktor der Sozialgestaltung hinzu.

Man muß der damaligen Staatsrechtslehre zugute halten, daß ihr diese Problematik noch nicht geläufig sein konnte. Das

---

1) Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht I, 6.Aufl., S. 143 f.
2) s.o. 4. Kap. I B 1, S.200 ff.
3) Anschütz in Meyer-Anschütz, S. 672.

Staats- und Sozialgefüge war konsolidiert. Etwaige Verwaltungsleistungen wickelten sich reibungslos ab und gegebenenfalls schufen die ordentlichen Gerichte unter dem Gesichtspunkt der sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB) Abhilfe[1].

Einmal mehr zeigt sich hier die Abhängigkeit gerade des Verwaltungsrechts von den Zeitverhältnissen.

Schließlich bedarf noch ein letzter Gesichtspunkt der abschließenden Würdigung. Es geht um die Bedeutung der Verordnung auf einem anderen tabuierten Bereich, dem des besonderen Gewaltverhältnisses[2].

---

1) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., 8. Aufl., München/Berlin 1961, S. 121.

2) Die Organisationsgewalt, im konstitutionellen Staat zur Prärogative des Königs gehörig und als "Hausgut" der Exekutive angesehen - vgl. Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht II, München/Berlin 1962, S. 95 sowie E.W. Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, Berlin 1964, S. 27 - soll hier ausgeklammert werden. Die Organisationsgewalt hat im Hinblick auf die Zuständigkeitsfragen und auf ihre Placierung innerhalb der Staatsfunktionen einen Wandel durchgemacht, der es heute nicht mehr vertretbar erscheinen läßt, sie im Hinblick auf ihren historischen Ansatz der Exekutivzuständigkeit zu überantworten. Die ursprünglich aus dem königlichen Recht "zu Ämtern und Würden zu ernennen" hervorgegangene Organisationsgewalt hat, wie Böckenförde, a.a.O., S. 34, zutreffend bemerkt, mit dem früheren Ernennungsrecht nichts mehr zu tun.
Der demokratische Verfassungsstaat, in dem im Gegensatz zum konstitutionellen Staat die Verfassung Grundlage und nicht Beschränkung jeglicher Staatstätigkeit ist und die Aufgaben der modernen Leistungsverwaltung haben eine veränderte Lage geschaffen.
Die Frage, ob die Organisationsgewalt der Gesetzgebung oder der Exekutive zuzuordnen sei, ist umstritten, vgl. Böckenförde, a.a.O., S. 33 bzw. 36/38 und die dort angeführte Literatur. Welche praktischen Folgerungen sich aus dieser Frage ergeben können, zeigt ein instruktives Beispiel Scupins, der die Bildung von Organisationsgewalt "ohne gesetzliche Grundlage und außerhalb der Hierarchie der Exekutive" am Honnefer Modell erläutert, vgl. H.U. Scupin, VVDStRL, Bd. 16, S. 261 bis 264.

Der Konstitutionalismus hatte dem absoluten Staat ein breites Feld abgerungen, in dem das Volk durch das Parlament eine Sphäre beherrschte, die dem unkontrollierten Eingriff des Staates entzogen war.

Der Vorbehalt des Gesetzes (bei O. Mayer der "Eingriffsvorbehalt") war das entscheidende Mittel zur Sicherung der Individualsphäre, gekennzeichnet entweder durch die Freiheits- und Eigentumsklausel oder als Anordnung, die der Schrankenziehung zwischen den Rechtspersonen diente.

Die Schutzfunktion des Gesetzes lag noch ganz im Sinne der individualistischen Naturrechtslehre. Setzt man, im Sinne der h.L. Gesetz im materiellen Sinne und Rechtssatz gleich[1], so war der Rechtssatzbegriff der spätkonstitutionellen Staatsrechtslehre nichts als ein terminus technicus, der gar nicht alle Anordnungen mit Rechtscharakter umfaßte[2].

Das besondere Gewaltverhältnis wurde als zur Innensphäre des Staates gehörig folgerichtig aus diesem Bereich ausgeklammert[3]. Dieses Gebiet galt als eine alte Domäne der Regierung, oder wie schon ausgeführt, als ein Hausrecht der Exekutive.

---

1) Vgl. H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 6. Aufl., München/Berlin 1965, S. 98.

2) Vgl. Wolff l.c.

3) Die im Positivismus herrschende Lehre sah hierin keinen Eingriff in die Rechtssphäre des Bürgers. Nach Laband, Staatsrecht, Bd. 2, S. 181, konnte nur da, wo die Willenssphäre des verwaltenden Staates mit "irgendeiner anderen vom Recht anerkannten Willenssphäre in Kontakt kommt", für einen Rechtssatz Raum sein. "Regeln, die sich innerhalb der Verwaltung selbst halten ..., sind keine Rechtsvorschriften", Laband, a.a.O. In diesem Sinne auch Anschütz in Art. Gesetz in WBStVwR, 2. Aufl., Bd. 2, S. 214. Eine Ausnahme bildet lediglich Zorn, s.o. 4. Kap. II D, S. 242 f.

Bezeichnend für die Hartnäckigkeit, mit der man auch in der Weimarer Zeit noch an dieser Auffassung festhielt, sind die Ausführungen O. Mayers zum Anstaltsverhältnis. Mayer, der doch von der Herrschaft des Gesetzes und seiner bevorzugten Stellung gegenüber der vollziehenden Gewalt spricht[1], sieht die Ordnung des Anstaltsverhältnisses als nicht dem Rechtsstaatsprinzip unterworfen an[2].

Die Frage also, ob die Rechtsverordnung mit Gesetzesvorbehalt oder die Verwaltungsverordnung das zulässige Mittel zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse sein soll, bietet heute mehr denn je Zündstoff zu verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Auseinandersetzungen. Die Bestrebungen tendieren dahin, die Macht der Exekutive in allen Bereichen auf verfassungsrechtliche oder gesetzliche Ermächtigungen zu gründen[3].

Mit Wolff unterziehen wir den Rechtssatzbegriff des Positivismus einer Korrektur, indem wir ihn im rechtstheoretischen Sinne als ungeteilt ansehen. Damit gelangen wir zu einem enger gefaßten Begriff des materiellen Gesetzes. "Es gibt dann Rechtssätze, die nicht materielle Gesetze, sondern Regierungs- oder Verwaltungsmaßnahmen sind".[4]

Diese Korrektur des Rechtssatzbegriffs ist auch ein historisches Postulat. Der Rechtssatzbegriff des 19. Jahrhunderts hält einer kritischen Betrachtung im Hinblick auf die

---

1) a.a.O., S. 65.

2) a.a.O., Bd. 2, S. 284 ff.: "Die Ordnung des Nutzungsverhältnisses der Verwaltungsanstalten trägt mit voller Absicht nicht das Gepräge des Rechtsstaates".

3) Die heute zu beobachtenden legislatorischen Tendenzen deuten auf einen allmählichen Abbau dieser Relikte aus der monarchischen Zeit, vgl. etwa § 23 EGGVG.

4) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 98.

Aufgaben des modernen Staates mit seiner ausgeprägten Sozialgestaltung nicht stand. Er ist deshalb auf die Funktionen der Verwaltung auszudehnen, die den Staat als Leistungs- und Fürsorgeträger ausweisen.

Der Änderung des Rechtssatzbegriffs hat eine Korrektur des Anstaltsbegriffs zu folgen, wie sie bei Forsthoff[1] treffend formuliert ist. Es heißt dort: "Die Binnenfunktionen und die Außenfunktionen der Verwaltung sind nach festen sachlichen Kriterien zu unterscheiden, damit es nicht mehr möglich ist, typische Außenfunktionen, wie die Darbringung von Leistungen an die Allgemeinheit in Binnenfunktionen umzufingieren".

Hier wäre die Verwaltungsverordnung durch die Rechtsverordnung zu ersetzen[2].

Der Verwaltungsverordnung verbleibt nur noch der Bereich derjenigen Rechtssätze, die sich unmittelbar an weisungsgebundene Organe und Ämter als solche richten und deren Zuständigkeiten kraft Weisungsgewalt näher regeln[3].

---

1) Forsthoff, a.a.O., S. 122.

2) In diesem Sinne Forsthoff, a.a.O., S. 123/124. Die Regelung besonderer Gewaltverhältnisse durch Gesetze im materiellen Sinne ist heute allgemein anerkannt, ob man hierzu nun wie Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 99 bzw. 111 ff. von "Sonderverordnungen" oder allgemein von Rechtsverordnungen spricht, vgl. statt anderer Forsthoff, a.a.O., S. 122 ff., Maunz-Dürig, Grundgesetz, Bd. 1, München/Berlin 1964, Art. 19 IV Nr. 30, Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961, S. 211 ff., der grundsätzlich auch die gewohnheitsrechtliche Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen in diesem Bereich ablehnt. Jesch sieht im Grundgesetz die Zerstörung jeglicher Reminiszenzen an die konstitutionelle Monarchie durchgeführt.

3) Vgl. Wolff, a.a.O. I, S. 99/100. Auf die Auseinandersetzungen dahingehend, ob den Verwaltungsverordnungen mit mittelbarer Außenwirkung Gesetzescharakter zukommt oder nicht, soll hier nicht näher eingegangen werden.

Die Dinge sind noch im Fluß. Das sich ständig wandelnde Bild der Sozialstruktur und die sich deutlich abzeichnende Tendenz zum Versorgungsstaat in Deutschland im Verein mit der sich ankündigenden Inter-Europäischen Sozialgesetzgebung und -verwaltung läßt vorerst kaum mit einer festgefügten Anschauung in diesem Bereich rechnen.

Lebenslauf

Ich wurde am 8. Juli 1934 in Krefeld als Sohn der Eheleute Heinz Erkelenz und Hilde, geborene Cremer geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach dem Besuch der Volksschule legte ich am 10. März 1954 am humanistischen Arndt-Gymnasium in Krefeld die Reifeprüfung ab.

Nach einem dreisemestrigen Studium der Neuphilologie an der Ludwig-Maximilians-Universität in München vom Sommersemester 1954 bis zum Sommersemester 1955 begann ich im Wintersemester 1955/1956, gleichfalls an der Universität München, mit dem Studium der Rechte, das ich am 15. Januar 1960 mit der ersten juristischen Staatsprüfung abschloß. Vom Wintersemester 1960/1961 bis zum Sommersemester 1961 war ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster als Gasthörer für die juristische Fakultät eingeschrieben.

Am 15. April 1964 legte ich in München die zweite juristische Staatsprüfung ab. Seit dem 1. Juni 1964 bin ich in München im bayerischen Justizdienst als Gerichtsassessor, seit dem 1. Juni 1966 als Staatsanwalt tätig.